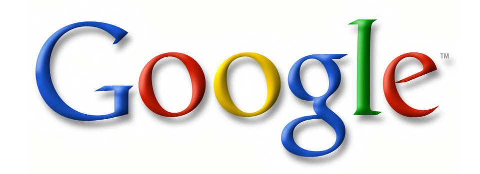
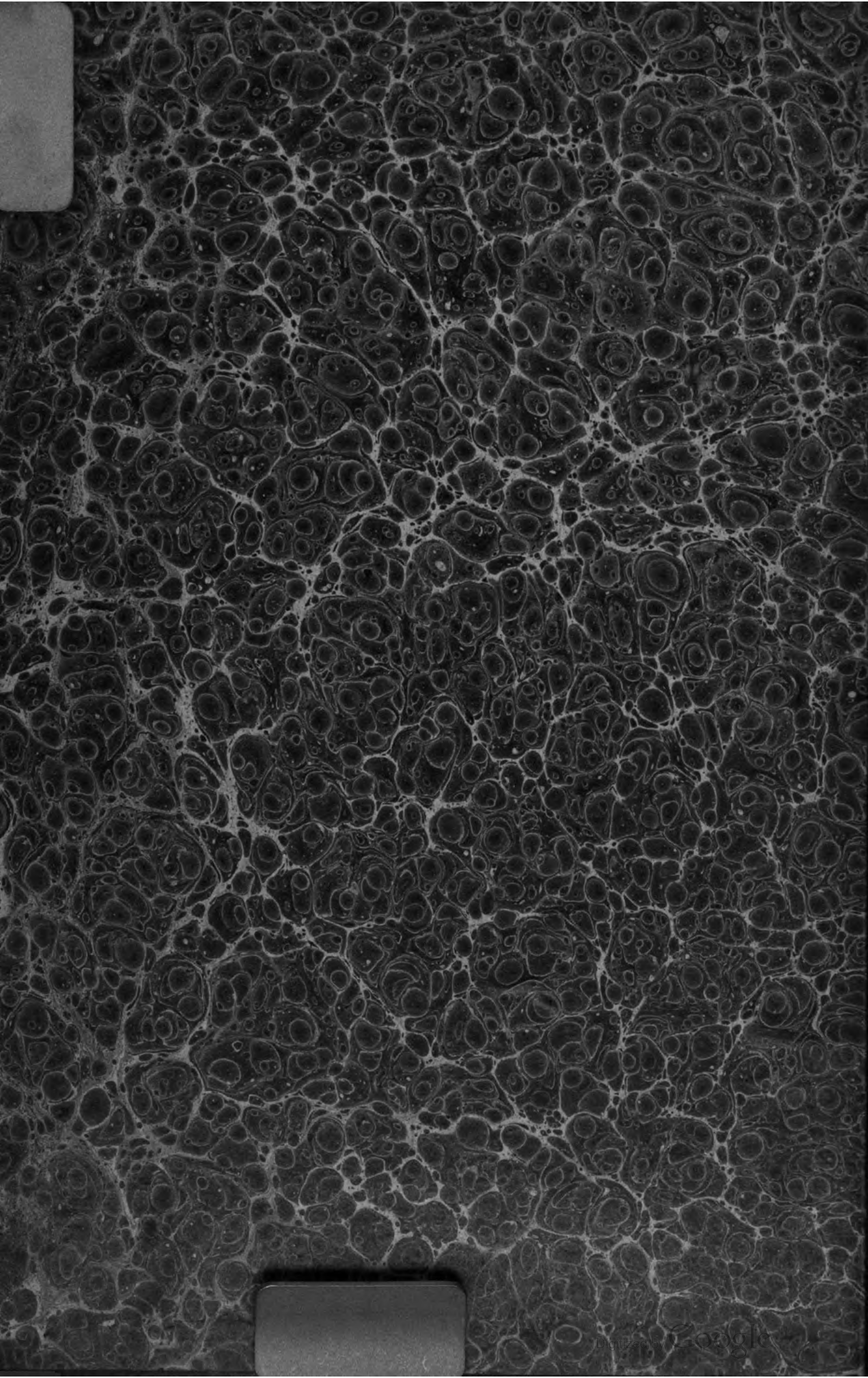
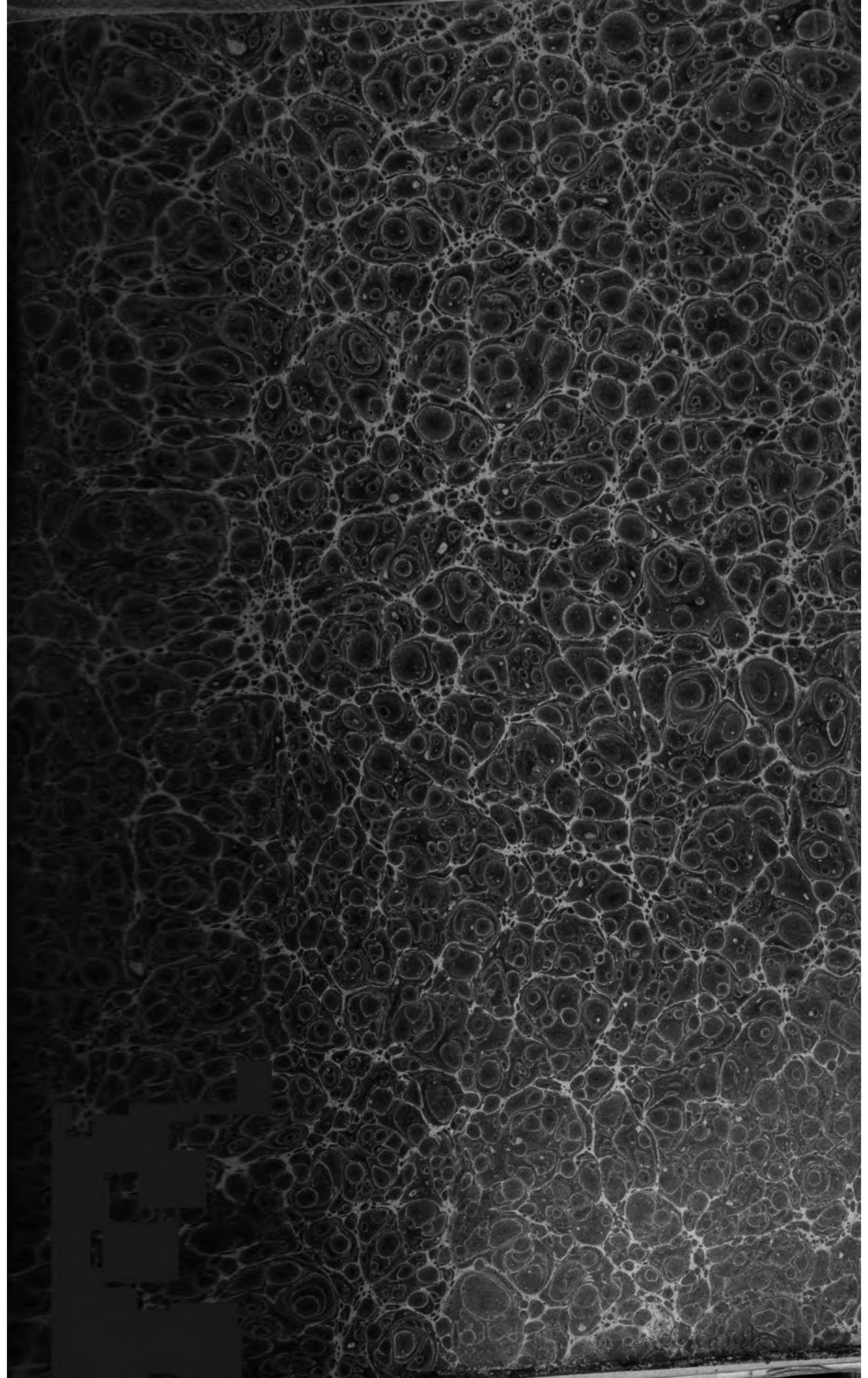








Vol V. 91

OPERE

DI

G. D. ROMAGNOSI

RIORDINATE ED ILLUSTRATE

DA

ALESSANDRO DE GIORGI

DOTTORE IN FILOSOFIA E IN LEGGI

CON ANNOTAZIONI, LA VITA DELL' AUTORE, L' INDICE DELLE DEFINIZIONI E DOTTRINE COMPRESE NELLE OPERE,

ED UN

SAGGIO CRITICO E ANALITICO SULLE LEGGI NATURALI DELL' ORDINE MORALE PER SERVIRE D' INTRODUZIONE ED ANALISI DELLE MEDESIME

DISPENSA XXII.

VOL. V. — FASC. I.

MILANO

PRESSO PERELLI E MARIANI EDITORI

COI TIPI DI ANGELO SICCA IN PADOVA

1842

OPERE

DI

G. D. ROMAGNOSI

RIORDINATE ED ILLUSTRATE

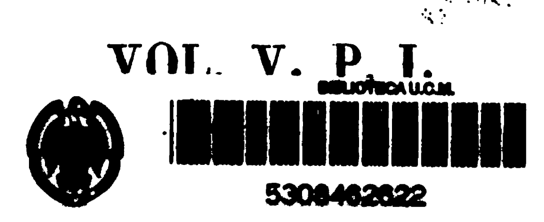
DA

ALESSANDRO DE GIORGI

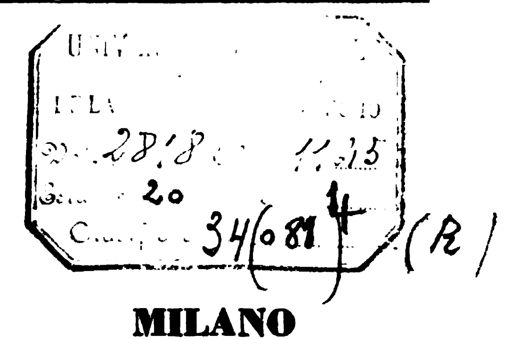
DOTTORE IN FILOSOFIA E IN LEGGI

CON ANNOTAZIONI, LA VITA DELL'AUTORE, L'INDICE DELLE DEFINIZIONI E DOTTRINE COMPRESE NELLE OPERE, ED UN SAGGIO CRITICO E ANALITICO SULLE LEGGI NATURALI DELL'ORDINE MORALE PER SERVIRE D'INTRODUZIONE ED ANALISI DELLE MEDESIME.

VOL. V. P. I.



CONDOTTA E RAGIONE CIVILE DELLE ACQUE



MILANO

PRESSO PERELLI E MARIANI EDITORI

COI TIPI DI ANGELO SICCA IN PADOVA

1842

AI LETTORI



Le due Opere che compongono questo Volume, la *Condotta delle acque* e la *Ragione civile delle acque*, sono ormai così universalmente note ed apprezzate, e di sì grande vantaggio nella pratica forense, che inutile tornerebbe quanto io potessi qui dire sul loro merito, se pure non fosse mio divisamento astenermi dal parlare in questa e nelle altre Prefazioni dell' intrinseco pregio dei lavori del nostro Autore, limitando i miei cenni a quanto spetta ai miglioramenti introdotti in questa edizione, soprattutto riguardo al nuovo ordine nella disposizione di essi. Intorno al quale ecco quanto mi occorre avvertire rispetto a questo Volume.

Da un *Avviso* stampato in fine della *Condotta delle acque* in tutte le edizioni, si rileva che la seconda Parte di essa, accennata nel § 29 della *Ragione dell' Opera*, non venne compilata. Diventava quindi fuor di proposito l' indicazione di Parte I., che continua per l' Opera intera, senza che vi succeda la Parte II.; e il titolo di *Dottrina teorica*, che distingueva questa Parte I., veniva ad appartenere al Trattato intero. Questa prima Parte, cioè in realtà tutta l' Opera, era poi divisa in tre Libri, suddivisi in Capi lunghissimi, e questi in Sezioni e paragrafi.

Sperando che un miglioramento nella ripartizione di questo lavoro sarebbe accolto dagli studiosi col medesimo favore che quello dell' *Introduzione allo studio del Diritto pubblico* (vedine la Prefazione), oltre la solita nuova nu-

merazione a paragrafi, mi parve bene intitolare tutta l'Opera *Dottrina teorica sulla condotta delle acque*; nominare *Parti* i tre Libri in cui finora fu divisa; *Libri* i Capi, che restano suddivisi in Sezioni; e finalmente sostituire ai paragrafi delle altre edizioni il titolo di *Capi*. Così tutto il Trattato resta diviso in tre Parti suddivise in Libri, e questi in Sezioni e Capi. E tanto più di buon grado mi prestai a questo cambiamento, in quanto che l'Autore stesso nel Riassunto finale chiama *Parti* quelle che nel corso dell'Opera sono intitolate *Libri*.

Il *Repertorio degli oggetti più importanti*, che va unito al Trattato, non ho creduto conveniente ometterlo per riprodurlo nell'Indice generale di tutte le Opere, perchè mancherebbe lo scopo di esso, ove non presentasse uno speciale prospetto delle cose contenute in quella, cui l'Autore stesso lo univa. Non lascierò per altro di richiamare in questo Indice generale i luoghi anche di quest'Opera che servissero allo scopo di esso, del quale dirò a suo tempo.

La *Ragione civile delle acque*, dall'Autore destinata a servire di complemento alla *Condotta delle acque* (vedi in fine dell'avvertenza preliminare alla Parte II.), rimase incompiuta per la sua morte. Oltre a ciò il piano del lavoro, quale si rileva dal Prospetto aggiunto alla *Ragione dell' Opera*, confrontato colla prima Parte di essa, e molto più col sovraindicato Avvertimento preliminare della Parte seconda, mostra chiaramente che l'Autore non s'attenne al primo suo proposito.

Di quest'Opera dunque non abbiamo che il primo Libro della Parte prima, rispondente al titolo del Capo I. di essa secondo il suddetto Prospetto; e forse a questo solo Libro

avrebbe l'Autore limitato il suo lavoro per questa parte, quand'anche l'avesse condotto a termine. Della Parte seconda poco egli lasciò, e questo poco fu pure omesso anche nella edizione recente di Prato del 1838. Io l'ho inserito, attenendomi alla prima edizione.

In questa e nelle successive si trovano citate, nella *Ragione dell'Opera*, ossia *Discorso sull'italiano incivilimento in relazione alla giurisprudenza*, trentadue annotazioni che si dovevano leggere in fine del Trattato. Ho creduto conveniente sopprimere le citazioni, dacchè diventavano inutili, mancando le note.

Così in questo Volume si trovano raccolte e riordinate due Opere strettamente connesse insieme, anzi identiche nel loro oggetto; le quali non solo pel loro uso pratico, ma sì ancora per le filosofiche vedute onde sono ripiene, vanno collocate fra le più importanti del nostro Autore, e specialmente la prima, che da tutti si tiene a buon dritto in conto di uno fra i classici lavori italiani.

ADG.

DELLA
CONDOTTA DELLE ACQUE
SECONDO
LE VECCHIE INTERMEDIE E VIGENTI LEGISLAZIONI
DEI DIVERSI PAESI D'ITALIA
COLLE PRATICHE RISPETTIVE LORO NELLA DISPENSA
DI DETTE ACQUE

Quest' Opera fu pubblicata la prima volta in Milano nel 1823 al 1825.

RAGIONE DELL' OPERA

§ 1. Coll'annunziare nudamente una traduzione dell'Operà del Pecchio sulla condotta delle acque senza svilupparne le condizioni, giustamente si sgomentava ogni lettore che oggidì amasse d'istruirsi di questa parte di giurisprudenza.

§ 2. La lettura di Pecchio non somministra che lumi incompleti, e ciò suggerì il disegno dei Supplementi indicati nel primo Manifesto emanato nel pubblico. Ma nulla ivi fu soggiunto delle condizioni della traduzione, le quali se per amore di brevità furono ivi omesse, ora è necessario di sottoporre agli occhi dei leggitori.

§ 3. Una materiale traduzione di Pecchio sarebbe del pari gravosa alla pazienza che alla economia pecuniaria dei leggitori. Seguendo il modo di scrivere dei vecchi trattatisti legali, spesso s'incontrano enormi digressioni, riflessioni estranee, ripetizioni senza numero, ragionamenti contorti e protratti, e soprattutto un disordine nella distribuzione delle materie, pel quale conviene che il leggitore componga da sè stesso un nuovo Trattato, e per cui molte verità intermedie, che sorgono da un ben congegnato sistema, rimangono interamente perdute. In vista di tutti questi difetti, invece di fare un beneficio ai nostri contemporanei con un'integra traduzione, essi sarebbero stati condannati a comprare a caro prezzo noja, disordine, e poco frutto.

§ 4. Ad evitare simili inconvenienti non rimaneva altro partito, che assumere le materie e le dottrine esposte dal Pecchio come a fondo di un nuovo lavoro, e quindi tessere un Trattato, il quale portasse il titolo *Della condotta delle acque secondo il Pecchio e la intermedia e la vigente legislazione.* Con questo spediente fu da noi creduto di provvedere al triplice oggetto della migliore e più ordinata istruzione, del risparmio di noja e di fatica, e dell'economia di tempo e di denaro.

§ 5. In due Parti massime verrà diviso tutto questo lavoro. La prima Parte comprenderà le *dottrine teoriche* risguardanti la condotta legale delle acque; la seconda Parte poi comprenderà molte *pratiche quistioni* che accadono e accader possono circa questa materia. Ogni uomo di senno comprende, che siccome nei casi pratici concorrono spesso variati rapporti di diritto, così queste quistioni non si possono ben discutere se non

dopo di aver conosciuto il complesso dei principii e delle regole espresse nelle dottrine teoriche.

§ 6. Tre rami comprenderà la Parte prima: il primo verserà sulla *ragione attributiva*; il secondo sulla *ragione direttiva*; il terzo sulla *ragione tutelare*, risguardante la condotta delle acque. Qui il nome di *ragione* si assume in senso di *diritto*. Presso noi Italiani questa locuzione ha una singolare proprietà, la quale esprime il *diritto* considerato come *legge*, a differenza del *diritto* considerato come pura *facoltà* di operare. Questa locuzione, giustamente apprezzata dal Vico, viene usitata presso de' buoni scrittori.

§ 7. Sotto la denominazione di *ragione attributiva* si comprendono tanto i diritti e gli obblighi che la legge attribuisce, quanto quelli ch'essa semplicemente dichiara o guarentisce a favore dei cittadini. Anche col dare a taluno ciò che gli compete si esercita un'attribuzione; e questa negli affari civili è decisiva per la protezione che la legge deve esercitare.

§ 8. Nella materia delle acque questa ragione attributiva ci obbliga a trattar prima di tutto della ragione delle acque, avuto riguardo ai principii fondamentali positivi della *proprietà*. E qui si presenta tantosto la divisione delle acque pubbliche dalle private; divisione la quale, non bene tracciata dal romano Diritto, violata sotto l'impero feudale, e rettificata finalmente da più felici tempi, riesce assolutamente decisiva non solo per circoscrivere il campo sul quale versar debbono le dottrine legali, ma eziandio per guarentire i diritti di molti consorzii utenti di acque, le quali un tempo venivano considerate di pubblica ragione.

§ 9. Fatta ed assicurata questa separazione, seguono le disposizioni generali risguardanti l'uso delle acque, astrazion fatta dalla considerazione delle servitù. Viene finalmente la *ragione attributiva*, risguardante i diritti *volontariamente* quesiti in materia di acque.

§ 10. Colla nuda denominazione di *diritto attributivo* noi intendiamo di comprendere due argomenti. Il primo di questi abbraccia tutti i mezzi coi quali *si acquista* un diritto; e però nel caso nostro comprenderà le concessioni, le convenzioni, le usucapioni ec. ec. in materia di acque; il secondo argomento poi abbraccia tutti i mezzi coi quali i diritti relativi si possono *perdere*.

§ 11. Farà forse difficoltà ad alcuni che sotto la ragione attributiva si comprenda anche la perdita. Ma questa difficoltà cesserà pensando che la perdita, come forma l'ultimo limite dell'attribuzione, riesce molte volte un mezzo di acquisto per altri; perocchè una servitù perduta forma la libertà dell'altro, e quindi un mezzo di riacquistare un cessato diritto.

Ma ciò riguarda indirettamente la ragione del metodo. Per la qual cosa, parlando direttamente dell'ordine delle materie, osserviamo che trattandosi l'argomento dell'acquisto, dell'appartenenza e della conservazione, devesi soggiungere senza intervallo ciò che riguarda il correlativo contrario, cioè la perdita; come nel trattare della vita si deve pur anche trattare della morte. Vero è che queste cose sono fra loro contrarie; ma si rifletta che il punto della quistione non cade sull'identità o diversità degli oggetti, ma bensì sulla *convenienza* o *sconvenienza del metodo* della trattazione. La quistione non è di merito, ma di ordine. I principii e le regole dell'acquisto e della perdita di un diritto debbono essere ravvicinati non solamente perchè sono fra loro logicamente correlativi e si prestano un vicendevole lume, ma eziandio perchè, nelle cose interessanti, la vista futura della perdita influisce anticipatamente sulle vedute dell'acquisto, e specialmente poi sulle conseguenti teorie dell'esercizio del diritto acquistato.

§ 12. In questa *ragione attributiva* la prima distinzione che ci servirà di guida per ordinare la trattazione sarà quella della *costituzione della servitù* dalla *effezione* materiale della medesima. La prima rassomiglia ad un progetto concordato; la seconda alla di lui esecuzione.

§ 13. Ritenuta questa distinzione, e concentrando la nostra attenzione sopra la costituzione della servitù, conviene distinguere in essa due argomenti principali. Il primo riguarda la natura, i caratteri e gli oggetti proprii legali della servitù di cui parliamo, astrazion fatta dalle modificazioni indotte dall'umano arbitrio; il secondo argomento poi consiste nei varii modi legali coi quali sì per fatto dell'uomo che per fatto della legge questa servitù può essere costituita.

§ 14. La prima considerazione si può dire essere ad un solo tratto logica e legale, perchè in essa si tratta di fissare il carattere proprio dell'oggetto che può venire in convenzione, o cadere sotto la disposizione della pubblica autorità. A questo primo oggetto si riferiscono le seguenti principali rubriche; cioè: 1.° Qual'è la legale e filosofica nozione della servitù di acquidotto? — 2.° Può dirsi essa rustica od urbana, reale o personale, continua o discontinua? — 3.° Quali sono gli oggetti sui quali sì di fatto che di ragione può cadere questa servitù? — 4.° Quali sono le cose naturalmente comprese, e quindi anche sottintese nello stabilimento, nella concessione, nella tacita acquisizione di questa servitù?

§ 15. La seconda considerazione si può dire di *puro fatto legale*; imperocchè in questa si ha primieramente riguardo, sia alle convenzioni autorizzate dalla legge, sia agli stabilimenti puramente positivi sanzionati

dalla pubblica autorità. A questa parte si riferiscono le principali rubriche seguenti; cioè: 1.° Da chi può essere costituita la servitù di acquidotto? — 2.° In quante maniere e per quali mezzi e titoli legali può essere costituita la servitù di acquidotto? — 3.° Per quali mezzi e con quali cautele si può far fede della costituzione della servitù di acquidotto?

§ 16. Passando ora all'altro argomento, risguardante l'*effezione della servitù*, giova osservare che siccome l'esecuzione consta del complesso di tutti i materiali e di tutti gli atti pei quali si rende reale l'opera progettata, così ognun vede che tutti questi oggetti e tutti questi atti, pei quali si dà l'essere materiale alla progettata servitù, cadono naturalmente sotto la rubrica della *effezione*. Dunque la loro descrizione, la loro enumerazione, la maniera di eseguirli, per ciò che spetta soltanto alla trattazione legale, deve èssere esposta completamente. Ogni ommissione, ogni lacuna formerebbe uno sconcio assai nocivo, perocchè in pratica si debbono necessariamente adoperare tutti questi mezzi, dai quali sorge l'opera completa.

§ 17. Sotto la rubrica dell'*effezione della servitù* cadono tutti gl'insegnamenti risguardanti le costruzioni dei diversi condotti di acqua, e quindi tutti i lumi accessorii tanto per istabilire quanto per guarentire siffatte opere. E siccome lo scopo che si ha in mira si è il rispettivo interesse delle parti, così considerando l'acqua ed i suoi effetti come oggetti suscettibili di valore, occorrono tutte le cautele risguardanti la costruzione delle opere inservienti alla condotta delle acque. Qui specialmente occorrono le regole risguardanti le misure e la conservazione delle opere suddette, e quindi tutte quelle specificazioni le quali possono cadere in contestazione. Tutto ciò che riguarda le bocche, i battenti, le trombe, gl'incili, le chiuse ec. ec. cade sotto questa rubrica.

§ 18. Fu detto che il secondo ramo della dottrina teorica riguarda la *ragione direttiva* delle acque; e questo formar deve il contenuto del secondo Libro della Parte prima (1). Nella *ragione direttiva* si comprendono tutte le regole e le leggi risguardanti la *conservazione* e il *godimento* della stabilita servitù dell'acquidotto.

§ 19. Qui, come ognun vede, si presentano due oggetti distinti di trattazione. Il primo riguarda la conservazione del *mezzo materiale*, pel quale fu stabilita e viene goduta la servitù; il secondo oggetto poi abbraccia tutti gli *atti competenti* pel godimento che da questo mezzo si

---

(1) Cioè, secondo la nuova riordinazione, forma il contenuto della Parte II. (Ved. la Prefazione) (DG)

può legalmente ricavare. Nel primo oggetto si racchiude tutto ciò che si riferisce alla purgazione dei canali o condotti qualunque, alle loro riparazioni, alla loro difesa, ec. ec. Sotto il secondo oggetto poi si comprendono tutte le pratiche necessarie per usare direttamente dell'acqua, secondo gli oggetti e secondo le convenzioni stabilite.

§ 20. Lungo sarebbe il fare qui l'enumerazione particolare delle diverse rubriche che cadono sotto il titolo della *ragione direttiva*. Dall'altra parte poi sarebbe superfluo, perocchè colla trattazione e coll'indice si soddisfa a questa curiosità, senza impinguare un discorso preliminare, nel quale si tratta solamente d'indicare le *massime* che hanno presieduto all'ordinamento delle materie.

§ 21. Soggiungeremo dunque qui solamente, che sotto questa Parte verranno inserite alcune teorie *idrauliche*, delle quali anche il Pecchio si è fatto carico nella sua Opera. Benchè questa materia sembri riservata al giudizio dei geometri e degl'ingegneri, ciò non ostante con ottimo accorgimento fu dall'autore in parte accennata in un'Opera di giurisprudenza. Se le minute pratiche e i calcoli dimostrativi si possono abbandonare all'esercizio dei periti, sarà sempre ottimo consiglio che i giureconsulti conoscano almeno i grandi risultati, ossia le *leggi principali di fatto*, dalle quali sì i proprietarii che gli utenti possono ritrarre un utile o un danno rimarchevole. Ad acquistare questa cognizione non si esigono indagini penose: basta soltanto annunziare leggi o fatti incontroversi, per dirigere la coscienza sì dei consulenti che dei magistrati. Molta è la fede che si può riporre nella perizia e nell'onestà degl'ingegneri; ma niun savio legislatore pretese giammai che questa dovesse essere così cieca da abbandonare intieramente la sorte delle proprietà all'arbitrio o della ignoranza o della corruzione. Per la qual cosa fu provveduto da qualche ben illuminata legislazione, che i giudizii dei periti potessero bensì servire di *fondamento* ai giudicati dei Tribunali, ma che non fossero valevoli a vincolare assolutamente la loro intima convinzione.

§ 22. Ma per indurre una illuminata coscienza, la quale non sia resa schiava della decisione dei periti, è necessario che i magistrati e i consulenti conoscano almeno in grande certe regole e certi principii, i quali conducano all'indigrosso a discernere i buoni metodi di valutare un oggetto, o di stimare un dato modo come utile o come nocivo.

§ 23. In conseguenza di queste vedute il Pecchio adduce spesso dottrine idrauliche coll'autorità del Barattieri, autore riputato anche in oggi, e tanto più perchè non angustiato dalla piccola e ristretta teoria dei foronomisti. Egli, seguace dell'integra dottrina del Castelli, ha som-

ministrato le più sicure leggi che interessar potevano la condotta delle acque private. Mancava soltanto all'Opera del Pecchio un metodo particolare per gli orarii delle acque, ed una formola matematica sicura per tutti i casi, onde attribuire ad ogni utente la sua competenza. Se questo fosse stato dato, avremmo quanto basta per rendere quest'Opera pienamente utile tanto ai giudici ed ai consulenti, quanto agli stessi periti.

§ 24. Per supplire a questo difetto noi credemmo necessario di corredare questo nostro lavoro del modo di ripartire le acque per l'irrigazione dei fondi, e ciò in conseguenza delle vedute prudenziali già accennate. Per buona nostra sorte noi non abbisogniamo di avventurare un metodo sconosciuto, ma valer ci possiamo di uno già approvato e consacrato dall'esperienza. Questo verrà tratto da noi da un'Appendice fatta all'Opera intitolata *Uso della Tavola parabolica per le bocche d'irrigazione, di Francesco Maria de Regi, stampato in Milano nell'anno* 1804 *dalla tipografia di Giuseppe Borsani, ec.*

Colla ristampa di quest'Appendice noi crediamo di rendere un importante servigio tanto ai periti quanto ai possidenti, ed in pari tempo di somministrare un lume utilissimo ai consulenti ed ai magistrati. Così speriamo di dare al nostro lavoro una forma completa, e la più perfetta, per quanto è da noi, e la più utile a chiunque possa avere interesse.

§ 25. Se la formola matematica, che serve di fondamento al metodo suddetto, dipendesse da viste sistematiche soggette a controversie, o che possono variare, noi non lo esporremmo colla piena fiducia necessaria ad una pratica esecuzione. Ma siccome il metodo medesimo è applicabile a qualunque ipotesi o a qualunque principio piaccia di adottare sulla spinta e sulle leggi delle acque, così abbiamo la compiacenza di poterne corredare la nostra edizione, colla fiducia della di lui pratica utilità. Qui diffatti non possono cadere in questione sia le teorie dei foronomisti, sia le teorie dei loro contrarii. Trattandosi solamente di ripartimento, tutto diventa rispettivo ed eguale, salvo il corso fondamentale delle acque irrigatorie.

§ 26. Il terzo Libro di questa prima Parte dell'Opera (1) riguarda la *ragione tutelare*. Per fissare una nozione direttrice della distribuzione delle materie di questo terzo Libro è mestieri distinguere la tutela *pacifica* dalla *contenziosa*. La tutela pacifica comprende tutti i mezzi di conservazione diretta e di difesa del diritto già stabilito ed attivato; la contenziosa comprende tutti i mezzi di coazione tendenti alla stessa con-

(1) Cioè la Parte III. dell'Opera. (Ved. la Prefazione) (DG)

servazione e difesa. La prima specie di tutela si può considerare compenetrata nella *ragione direttiva*; dovechè l'altra, dopo lo stabilimento delle leggi e dei Tribunali, forma un ramo separato. Colla *tutela pacifica* altra norma non si assume, che il *bisogno della conservazione* diretta, e della difesa da soddisfarsi con modi che non offendono il diritto altrui. Così il diritto di purgare un canale, di rimovere tutti gli ostacoli che impediscono il deflusso dell'acqua, di costruire ripari affinchè o non riesca nociva o non si disperda, ec. ec., costituiscono altrettante parti integranti della *tutela pacifica*, di cui parliamo.

§ 27. Veniamo alla *tutela contenziosa*. In essa non si prende di mira che l'*attentato* o l'*opposizione degli altri uomini*, e non più il reale bisogno delle cose. In tale specie di tutela varia eziandio la potenza di esercitare il nostro diritto, perocchè nel caso di turbato possesso dobbiamo valerci dell'autorità dei Tribunali, e non farci giustizia di nostra mano.

§ 28. Poste queste considerazioni, ognuno sente chè ciò che riguarda la *tutela pacifica* forma un ramo della *ragione direttiva*, sulla quale versar deve il secondo Libro. Tutto ciò poi che riguarda la *tutela contenziosa* formar deve l'oggetto del terzo Libro. E qui appunto cade tutta la materia dei così detti *interdetti* del Diritto romano, e i rimedii possessorii, ed altri tali provvedimenti della pubblica autorità, sanzionati tanto dal Diritto romano, quanto dalle legislazioni intermedie e vigenti. Tutti questi provvedimenti della pubblica autorità, pei quali essa interviene a tutelare l'esercizio dei diritti risguardanti le acque, formano appunto la materia di questo terzo Libro.

§ 29. L'ordine che presiede alla distribuzione della Parte I. deve pure presiedere alla distribuzione delle quistioni pratiche comprese nella Parte II. La soluzione di queste quistioni riescirà tanto più agevole, quanto più la dottrina teorica sarà stata presentata nel suo insieme e senza interruzione. A fine però di separare convenientemente questione da questione, noi abbiamo aggiunto l'epiteto di *pratiche*, per indicare che l'oggetto loro non versa sui principii logici del Diritto, ma sui casi che possono più frequentemente presentarsi nell'esercizio della condotta delle acque. Per la qual cosa, se le quistioni risguardanti il Diritto costituente non si debbono ommettere, sia per ischiarire qualche argomento dubbio, sia per raddrizzare qualche mal pensata dottrina, queste quistioni non possono trovare il loro posto nella seconda Parte, ma debbono essere discusse nei loro luoghi convenienti, allorchè si tratta la dottrina teorica. Anche qui non eccederemo le cose esposte dal Pecchio, e solo avremo cura di collocare gli argomenti nel loro luogo conveniente.

§ 30. Tutto il fin qui detto riguarda l'*ordine* delle materie di questo Trattato. Ora brevemente soggiungeremo, che quanto alla *maniera* di esporre le dottrine, avremo cura sopra d'ogni argomento di segnare le disposizioni del Diritto romano, e quelle delle successive legislazioni fino ai nostri giorni. Così il savio lettore in ogni questione potrà a primo colpo d'occhio vedere con quali principii debba essere discussa e definita. Nota è la massima, che il diritto, l'azione e il genere delle prove viene regolato e determinato a norma della legislazione vigente nel tempo in cui accadde l'atto in questione. Posto questo criterio, allorchè egli abbia sott'occhio lo stato primo, medio ed ultimo del diritto da lui ricercato, potrà agevolmente procedere alla soluzione della proposta quistione.

§ 31. A fine di procedere in questa parte nella maniera la più breve, la più facile, e la più proficua possibile, noi prenderemo nella nostra trattazione la posizione di mezzo, come luogo di osservazione, onde esporre le dottrine circa la condotta delle acque. Questa posizione di mezzo è quella della cessata legislazione, nella quale essendosi fabbricato un edifizio unito, nel quale non era necessario di affannarsi per collegare i preziosi rottami cumulati da Triboniano, ci si offre un punto logico ed ordinato di paragone per connettere i dettami dell'antecedente e della susseguente legislazione. D'altronde tanto le cognizioni quanto gl'interessi attuali raccomandano ad ogni modo questo partito. L'istruzione stessa scolastica, nella quale viene ingiunto lo studio del vigente Diritto, comparato coll'anteriore, come consiglia questa nostra maniera, così pure potrà trar profitto dalla da noi proposta trattazione.

§ 32. E perchè questo nostro lavoro riesca della più estesa utilità, si avrà cura non solamente di prendere in considerazione la legislazione vigente nella Lombardia, ma eziandio quella che a nostra cognizione regola gli Stati vicini d'Italia. Con ciò speriamo che l'Opera nostra verrà più largamente accolta e dentro e fuori dello Stato nostro, e specialmente poi in quei paesi ne' quali i proprietarii nostri concittadini posseggono fondi che godono beneficio d'irrigazione.

§ 33. Se alle nostre ricerche fosse sfuggita qualche notizia importante, noi porgiamo preghiera per essere illuminati, perocchè la sola mira delle utili verità è quella che ci ha animati nello stendere questo lavoro.

DOTTRINA TEORICA
SULLA
CONDOTTA DELLE ACQUE

PARTE I.

DELLA RAGIONE ATTRIBUTIVA IN MATERIA DI CONDOTTA DELLE ACQUE

INTRODUZIONE

I.

§ 34. In due sensi si assume la parola *acquidotto*. L'uno *volgare*, e l'altro *legale*. Nel *volgare* italiano la parola *acquidotto* appellasi esiandio *acquidoccio*, *condotto*; ma sotto questi vocaboli si accenna l'idea di qualunque tubo, canale, od altra opera manufatta, per mezzo della quale si fanno decorrere le acque. Questo non è il senso *legale*, benchè l'opera manufatta possa formare oggetto di legge o di contratto. In giurisprudenza l'*acquidotto* altro non significa che il *diritto di condurre un' acqua*, qualunque siane la forma e l'uso a cui è destinata. Ulpiano diffatti chiama questa servitù anche col nome di *ductus aquae*, cioè *condotta di acqua*, come leggesi nel titolo *De fonte* del Digesto, leg. 1. § 1. Questa locuzione di *ductus aquae* si trova spesso ripetuta non solamente nel Codice giustinianeo, ma anche nel teodosiano. Egli è per questo che il titolo dell' Opera fu da noi espresso col nome di *Condotta delle acque*, anzichè con quello di *Acquidotto*, a fine di evitare un' ambiguità cui la lingua volgare potea ingerire. Sotto questa dichiarazione per altro dobbiamo avvertire una volta per sempre, che noi faremo uso anche della parola *acquidotto* per abbreviare il linguaggio; ma nello stesso tempo avvertiamo che con questo vocabolo intenderemo sempre di

denotare il senso *legale*, a meno che le circostanze particolari del discorso non portino a significare l'opera manufatta, per la quale si trasmettono le acque.

II.

§ 35. Sotto il nome di *acquidotto privato* intendesi il diritto di condurre acqua dal fondo o per il fondo altrui.

Dicesi in primo luogo essere questo un *diritto* ovvero un *jus*, perchè egli consiste non nel *fatto*, ma nella *ragione di fare*. Per questo motivo dicesi che tutte le servitù sono *incorporali* (1).

Quando dicesi *diritto di condurre un' acqua* non s'intende d'indicare soltanto di condurre un' acqua già *ritrovata*, ma eziandio un'acqua *da ritrovarsi* (2). Tale sarebbe il caso di chi stipulasse che gli fosse permesso di scavare nel fondo altrui ad oggetto di ritrovare l'acqua, ed indi condurla a sua utilità. Queste specie di acque appellansi *fontanili*, e d'essi havvi un uso frequente in questo dominio di Milano.

Fu in terzo luogo indicato che la condotta si fa dal *fondo* o per il *fondo altrui*, e ciò per due motivi. Il primo, perchè senza fondo non può essere costituita una servitù (3); il secondo, perchè sul fondo proprio non si costituisce servitù (4).

III.

§ 36. Ciò che fu premesso qui a modo d'introduzione serve piuttosto ad *ispiegare* il *significato legale* della parola, che ad esibire una storica e piena *nozione* essenziale dell'*oggetto*. Col decorso di quest' Opera si renderà manifesto quale debba essere la piena ed esatta definizione della servitù della condotta delle acque. Qui giovami soltanto di notare, che secondo il primo senso materiale della frase *per fundum alienum*, impiegata dal Pecchio, parrebbe che la *immediata estrazione* da un canale contiguo altrui non dovrebbe essere compresa sotto la sfera della servitù di acquidotto. Per esprimere chiaramente e per racchiudere questo concetto si avrebbe dovuto dire: *ex fundo aut per fundum alienum*.

L'obbligo di dare il passaggio all' acqua ad uso altrui forma servitù di acquidotto; ma *tutta quanta* la servitù di acquidotto è forse ristretta a questa sola nozione? Nel senso comune il derivar l'acqua da un ca-

(1) Veggasi il paragrafo intitolato *eodem numero* delle Istituzioni, al titolo *delle cose corporali ed incorporali*.

(2) Leg. Labeo 10 Digest. *De servitutibus rusticorum praediorum*.

(3) Leg. 1. Dig. *Communia praedior.*, ec.

(4) Leg. *In re communi* 25 Dig. *De servitutibus urbanorum praediorum*.

nale altrui confinante al mio fondo non è forse cosa compresa nella *condotta delle acque?* Non esiste forse anche la servitù d'immettere l'acqua propria in un canale altrui?

IV.

§ 37. L' *aquae haustus* non è applicabile a questo caso. Esso, come ognun sa, è il diritto di attingere o cavar acqua, per esempio dai pozzi, dai fonti, ec. ec. Siccome fra la servitù di *cavare* e la servitù di *condurre* acqua havvi una somma affinità, così ragion vuole che in un Trattato fatto di proposito sulla condotta delle acque si faccia risaltare la *differenza* che passa fra queste due servitù. Certamente Ulpiano aveva fatto espressamente avvertire a questa differenza dicendo: « Sicut discretae » sunt servitutes ductus aquae atque haustus aquae, ita interdictae se» paratim redduntur. »

E qui Gottofredo alla parola *discretae* soggiunge: « aquae ductus » et aquae haustus servitutes discretae sunt, hoc est inter se differentes. » Separatorum separata debet esse ratio et actio. » Doveva dunque il Pecchio, dopo la definizione della servitù di *condur acqua*, insegnare in che *differisca* dalla servitù di *cavar acqua;* e ciò anche in vista che questa differenza fa risaltare i caratteri proprii dell'oggetto principale definito.

V.

§ 38. Noi abbiamo indicato in che consista la servitù di cavar acqua. Ora volendo presentare una generale idea della servitù di *condurre* un'acqua, dir si potrebbe essere ella = il diritto di dedurre dal fondo o canale altrui un'acqua trovata o da trovarsi, per farla *decorrere* per via di pendenza a proprio vantaggio in un luogo destinato. = Dico *per via di pendenza*, per dinotare la differenza fra la servitù di *condur acqua* e quella di *cavar acqua;* perocchè in quest'ultima si estrae e si trasporta l'acqua per via di recipienti o aspiranti, i quali la sollevano e separano dalla massa, ec.

VI.

§ 39. La materia delle servitù, considerata in qualunque suo ramo, importa necessariamente l'applicazione dei principii risguardanti la rispettiva *proprietà*, e l'esercizio conseguente del dominio delle cose. Questo dominio viene contemplato non in una vista isolata e metafisica, ma nello stato *sociale* e sotto l'impero di *leggi positive*. Conviene dunque

prima di tutto conoscere l'*immediata* applicazione di questi principii alla materia delle acque, per poter indi determinare i *confini* e le *regole di ragione* tanto del diritto costituente, quanto del diritto convenzionale. Prima dunque di sviluppare e di trattare singolarmente dei caratteri della *servitù* dell'acquidotto, e dei modi coi quali ella può essere costituita ed esercitata, rendesi necessario di premettere le nozioni legali risguardanti il dominio privato delle acque. In conseguenza di ciò passiamo ad esporre quanto segue.

LIBRO I.

DELLA CONDOTTA DELLE ACQUE IN RELAZIONE
AL DIRITTO DI PROPRIETÀ.

SEZIONE PRIMA

Della distinzione delle acque pubbliche dalle private, e dei primi diritti conseguenti.

CAPO I.

Della proprietà in genere delle acque, e dei luoghi aderenti.

§ 40. Tutte sorte di acque entrano nella considerazione della legislazione; i mari, i laghi, i fiumi, i rivi sotto varii rapporti vengono contemplati quanto al diritto, ossia quanto alla proprietà ed alla utilità che interessa il pubblico ed il privato. I mari formano l'oggetto di un ramo particolare di legislazione, nè entrano nel Diritto civile che per alcuni piccioli rapporti che ora non ci debbono occupare.

§ 41. Incominciando a distinguere l'oggetto *materiale* dal *legale*, si presenta una volgare distinzione fra le acque correnti e non correnti. Benchè a rigor filosofico qualunque acqua che si move si possa dire corrente, ciò non ostante nel volgar modo di concepire, quando un'acqua si considera racchiusa in un recipiente, e che non abbia quanto ad esso che un moto ondulatorio, tale acqua non si considera corrente. Figurate diffatti un tino pieno di acqua, nel quale da una parte siavi un foro da cui esca il fluido; e dall'altra ch'egli riceva tanto di quantità, quanto ne perde: voi potrete bensì nel senso comune riguardare l'acqua ch'entra e che sorte come due correnti; ma, per lo contrario, considerando la sola acqua raccolta nel tino, voi la considererete non corrente. Ciò che dicesi dell'acqua del tino, si estende nello stesso senso all'acqua di un serbatojo, di una peschiera, di uno stagno, di un lago, e perfino dello stesso mare.

§ 42. Seguono le acque correnti, altrimenti denominate *corsi d'acque*, sui quali particolarmente si deve rivolgere la nostra attenzione.

Sotto la denominazione di *corso d'acque* (diremo col signor Merlin) s'intende « il deflusso delle acque da un luogo elevato ad un luogo più » basso. »

« Tre sorte di correnti d'acqua si distinguono: i fiumi navigabili, i » fiumi non navigabili, e i semplici rivi. »

§ 43. I fiumi navigabili o non navigabili (o per dir meglio atti al trasporto, poichè sotto la denominazione *non navigabili* si comprendono anche i rivi) hanno questo di comune, che tanto gli uni quanto gli altri sono consacrati all'utilità generale, e che per conseguenza essi sono *in jure* assomigliati in ogni aspetto, quanto ai navigabili, alle grandi strade pubbliche; e quanto agli atti a trasporto, alle strade vicinali o pubbliche. I semplici rivi non hanno che un'utilità limitata ai privati cittadini, sul terreno dei quali essi scorrono (1).

§ 44. Da questa distinzione derivò la separazione della pubblica e privata proprietà in punto di acque correnti. Per rendere più precisa questa idea (poichè la qualità di non navigabile, che è puramente negativa, non lascia travedere una secondaria distinzione) fu saviamente stabilito dal Codice Napoleone, che ritener si debbano come pubbliche le correnti d'acque *navigabili*, od *inservienti a trasporto* (2); e per tale maniera furono qualificate come private tutte le altre correnti, nelle quali riscontrar non si può la qualità di navigabile, o di atta al trasporto.

§ 45. Questi caratteri chiari e costanti furono assunti come norma, onde giudicare tanto le quistioni di proprietà, quanto le quistioni di competenza, come ci verrà fatto di comprovare con parecchi esempii che si addurranno più sotto.

§ 46. Per lo che dopo la promulgazione del Codice Napoleone non lice elevar dubbio che giudicar non si debbano come private tutte le correnti d'acqua che non sono navigabili, nè atte al trasporto, e sulle quali si debba conoscere di un fatto nato posteriormente all'attivazione del Codice medesimo (3).

---

(1) Merlin *Quest. des droits*, tom. III. *Cours d'eau.* § 1. pag. 181.

(2) Art. 538.

(3) Secondo il Diritto romano si considerava pubblica non solamente una corrente d'acqua navigabile, ma eziandio qualunque corrente, la quale benchè in sè stessa non navigabile, pure col di lei soccorso rendevasi navigabile un'altra. *Aut navigabile, aut ex eo aliud navigabile fit,* dice la legge seconda Digest. *De flumin.*; *id est,* dice Gottofredo, *per immediatam ejus adjunctionem.* È evidente che colla diversione, per esempio, di un'acqua non navigabile, che ne rende navigabile un'altra, si nuocerebbe ai fiumi di ragione pubblica; ma ciò non può far variare presso di noi la proprietà, poichè in via di Polizia, quando si possa nuocere alla cosa pubblica, si può provvedere senza variare la proprietà.

§ 47. Prima d'inoltrarci in ulteriori indagini, conviene premettere alcune subalterne distinzioni, onde prevenire ogni perplessità. Tre cose concorrono a costituire una corrente di acqua, sia pubblica, sia privata; cioè l'alveo ossia il letto, le ripe, e l'acqua che scorre. Non v'ha dubbio, che la qualità di *pubblico* o *privato* non si estenda a tutte queste cose, poichè tutte sono costitutivi essenziali di una corrente d'acqua. L'articolo 538 del Codice Napoleone fa menzione dei fiumi e delle ripe. Lo stesso viene dichiarato nel Diritto romano: « Flumina publica quae » fluunt, ripaeque eorum publicae sunt (1). »

§ 48. E qui bramando il legislatore di prevenire ogni contesa che suscitar si potrebbe colla varia estensione del significato della parola *ripa*, soggiunge: « Ripa ea putatur esse, quae plenissimum flumen con» tinet. » Non contento ancora il legislatore di questa definizione, e volendo allontanare ogni attentato alla particolare proprietà dei confinanti, prosegue: « Secundum ripas fluminum loca non omnia publica sunt; » quum ripae cedant ex quo primum a plano vergere incipit usque ad » aquam. » Con questa dichiarazione il legislatore ha significato abbastanza, che alla ripa non volle aggregare i luoghi contigui, e renderli di pubblica ragione, a motivo che tali luoghi non servono di ripa se non quando il piano incomincia a declinare per giungere fino alla corrente. Egli è vero che Cujaccio (il quale aveva più erudizione che filosofica giurisprudenza) volle rigettata dal testo la parola *non*, premessa ad *omnia publica* (2); e ciò colla scorta della legge 65. § 1. *De acquirendo rerum dominio*, dove si dice che il dominio del lido dei mari, *non secus atque in* CONTINENTI AGRO, si considera di pubblica ragione. Prima di tutto distinguere doveva che nella legge 2. Dig. *De fluminibus* si tratta dei luoghi attigui alle ripe dei fiumi; e per lo contrario nella citata legge 65. *De acquirendo rerum dominio* si tratta di un luogo confinante alla spiaggia del mare. Oltre ciò, consultando il titolo primo, § 4. delle Istituzioni di Giustiniano, egli avrebbe trovato uno schiarimento alla sua obbligazione. Ecco il testo: « Riparum quoque usus publicus est jure » gentium, sicut ipsius fluminis; itaque naves ad eas appellere, fures ar» boribus ibi natis religare, onus aliquid in iis reponere cuilibet liberum » est sicut per ipsum flumen navigare. Sed PROPRIETAS earum illorum est, » quorum praediis haerent; qua de causa arbores quoque in iisdem na» tae eorumdem sunt. »

§ 49. Da questo testo chiaramente si deduce, che se la proprietà delle

---

(1) Leg. 2. Dig. *De fluminibus*. — (2) Cujacii *Observat.* Lib. XIV. Cap. XI.

ripe dei fiumi è di ragione privata, con più forte ragione essere lo debbono i luoghi aderenti, non valendo la ragione del lido del mare, il quale non si considera mai di proprietà privata.

§ 50. Finalmente se fra le due leggi vi fosse stata una reale *antinomia*, e che si avesse voluto conciliare col comodo mezzo di cancellare qualche parola del testo, si avrebbe dovuto consultare la ragione naturale della cosa; e piuttosto che riformare il testo della legge sui fiumi, convalidata da altri passi, riformare quella sul lido del mare, che rimane isolata, nè appoggiata alla ragione, onde assoggettare al dominio pubblico le terre vicine alle spiagge in una maniera indefinita: tale essendo il concetto della frase *continenti agro*, con cui si dinota una possessione vicina, qualunque ne sia la misura.

§ 51. Coerentemente a questi principii fu ritenuto dal Codice Napoleone, che questi luoghi aderenti ai fiumi pubblici siano di privata proprietà, postochè considerò come servitù i *marcia-piedi* lungo i fiumi navigabili, od atti al trasporto (1).

§ 52. Quanto alle isole, isolette, ed unioni di terra che si formano nelle correnti d'acqua sì pubbliche che private, non occorre aggiunger nulla dopo le precise disposizioni degli art. 560-561.

CAPO II.

Quali sono gli effetti della disposizione del Codice Napoleone riguardo alla proprietà di quelle acque e loro luoghi aderenti, che sotto anteriori Governi erano qualificati di pubblica ragione, e dal nuovo Codice furono dichiarati di ragione privata.

§ 53. Fin qui si è veduto quali correnti di acqua considerar si possono in oggi di ragione pubblica, e quali di ragione privata. Ma pensando che queste determinazioni sono derivate dalle disposizioni del nuovo Codice, e considerando che la legge non dispone che per il futuro, e dichiara di non togliere i diritti anteriormente quesiti, ne sorge un'importante questione di diritto dirò così transitorio, il quale collegando amendue

(1) Art. 650 del Codice Napoleone. Con questa disposizione cessano tutte le sottigliezze sopra i così detti *terreni limitati* e *non limitati*, dei quali parlano le leggi romane, leg. 16. Digest. *De acquirendo rerum dominio*, leg. 1. § 6. Digest. *De fluminibus*, vale a dire di quei terreni ch'erano attraversati da strade e da sentieri ad uso del popolo, ed ai quali si negava la facoltà di potersi estendere per mezzo di alluvioni, atteso appunto la loro limitata qualità; come ne fanno fede le dette leggi e gli schiarimenti di Cujaccio (*Observationes* Lib. II. cap. IX.) e Gottofredo sulle citate leggi.

le legislazioni in tutto ciò ch'esse sono fra di loro conciliabili, deve rispettare il diritto quesito coll'applicare le nuove leggi. Certamente considerando le acque private come oggetto posto in commercio, valutar si dovranno tutti quei rapporti che stabiliscono un privato diritto, e che d'altronde non ripugnano alla nuova legge. Quindi i fatti nati anteriormente possono essere fino a un certo segno influenti anche dopo la promulgazione del Codice Napoleone; ma si dovrà dire lo stesso di tutti i diritti anteriori?

§ 54. Spesso s'incontra la circostanza dell'occupazione delle acque private fatta dai Governi anteriori, i quali arrogandosi una esclusiva proprietà delle medesime, ne hanno disposto e usato a guisa di padroni, ora col dirigere le acque medesime dove loro piaceva; ora col concederne una parte ai privati o mediante una prestazione pecuniaria annuale, o mediante uno sborso originario; ora coll'accordare o gratuitamente o contro prezzo il diritto della pesca, e qualunque altro uso relativo all'acqua. Si domanda se questi fatti o i titoli relativi si possano considerare come sussistenti dopo l'emanazione del Codice Napoleone, o pure se si debbano ritenere come aboliti, e rimessa la proprietà ai privati confinanti, e che costeggiano la ripa delle acque suddette. Ecco una quistione importante, alla quale non si può rispondere che con distinzione.

§ 55. O questi diritti erano di loro natura esclusi dal commercio privato, perchè derivar non possono che da un diritto d'impero non competente al privato medesimo, invece di derivare da una particolare libera convenzione, o da una servitù necessaria; o tali diritti potevano di loro natura essere oggetto di privato commercio, fatta astrazione dal titolo fondamentale su cui si appoggiavano. Nel primo caso essi sono per la loro stessa natura aboliti, sia che esistano e vengano esercitati dal Governo, o da altra persona avente impero; sia che vengano esercitati dai privati cittadini, ai quali furono conferiti da persona avente allora autorità. Quanto al Fisco, questa risposta resta per sè dimostrata dall'essenza stessa della nuova legge, la quale rimettendo ai privati la proprietà sulle correnti d'acqua non navigabili, nè atte al trasporto, con ciò stesso spogliò il Demanio dello Stato, o qualunque altra autorità feudale da lui abolita, d'ogni titolo ed esercizio di siffatto pubblico diritto.

§ 56. Quanto al privato, obbiettar si potrebbe l'atto di concessione, il quale sebbene al cospetto della nuova legge possa essere in futuro vizioso, attesa la fatta innovazione, ciò nonostante non pare che riputar si debba come nullo sotto l'impero di un'antecedente legislazione che lo autorizzava; e però al pari degli atti irregolari fatti legittimamente sotto

una vecchia legge, sembra che questo rimaner debba intatto, onde non fare viziosamente retroagire la nuova legge.

§ 57. Ma considerando più profondamente la cosa, facilmente si rileva che l'obbiezione non sussiste; avvegnachè qui non si tratta d'un diritto di sua natura capace di privato commercio, e per cui egli possa per sè sussistere, e rendere capace il privato a possederlo; ma si tratta bensì d'un diritto di *sua natura* incompetente al privato, e tutto proprio d'una sovranità; e propriamente d'uno di quei diritti che appellansi *regali*, come sarebbe un dazio, o un'angheria o perangheria, od altro tale preteso diritto totalmente signorile o feudale, il quale resta abolito in qualunque mano esso si trovi, e da qualunque persona esso venga esercitato. Da ciò ne segue pertanto, che coll'abolizione generale di siffatti diritti esso rimane intieramente distrutto, senza che la legge possa accusarsi di una viziosa retroazione; avvegnachè la esistenza del diritto, essendo totalmente dipendente dal fatto della legge medesima, cessa col cessare della legislazione, o della forma di Governo che lo introdusse e lo mantenne.

§ 58. O si parla d'un diritto che di sua natura poteva essere oggetto di privato commercio, ed aver poteva un fondamento nella privata proprietà del cittadino; e qui conviene rispondere ancora con una seconda distinzione: cioè o tale diritto si considera in mano di un Governo o di una persona per titolo di mero impero e di pubblica giurisdizione; o si considera esistente in un privato per un'anteriore concessione del Governo medesimo, o di una persona costituita in dignità, e che partecipava di siffatti pubblici diritti.

§ 59. Nel primo caso pronunciar si deve essere abolito, e ciò per il titolo stesso col quale il Governo o il feudatario continuano ad esercitarlo; perciocchè è troppo chiaro che la nuova legge togliendo siffatto dominio al pubblico Demanio, e ad ogni altro cittadino che vestiva la qualità di feudatario, e non quella di proprietario privato, con ciò stesso abolì una giurisdizione evidentemente incompatibile colla riforma introdotta. Qui è manifesto che l'azione della legge cade sul titolo stesso, in quanto si considera *in futuro* inconciliabile colle nuove costituzioni e colle basi fondamentali, in forza delle quali fu distinta la privata dalla pubblica proprietà. Da ciò ne viene la conseguenza, che si faccia retroagire la legge, stantechè l'effetto che a lei si dà si restringe all'esercizio incompatibile dei nuovi poteri e dei nuovi diritti cogli antecedenti (1).

(1) In conferma di ciò si produrrà una decisione autorevole, cioè la decisione della Corte di Cassazione dell'Impero fra Sozzi e il Demanio.



CAPO III.

Continuazione.

§ 60. Ma si dovrà dir forse lo stesso rispetto al privato, al quale fu conceduto con un titolo per lo addietro legittimo l'esercizio di un diritto che *di sua natura* era capace d'essere posto nel privato commercio, e che era per sè stesso suscettibile di un privato possesso, avvegnachè poteva anche per le nuove leggi essere senza vizio conferito, e quindi ricevuto ed esercitato? Eccoci al secondo membro della sovra recata distinzione. Pare di no.

§ 61. Nè contro questa soluzione gioverebbe opporre la *nullità* originaria della concessione fatta al privato, perchè essa derivò non da un titolo privato, ma da un titolo pubblico che fu soppresso. Imperocchè, parlandosi d'un diritto che d'altronde poteva essere di sua natura privato, e suscettibile di privato possesso, tale nullità appoggierebbe su di un falso supposto, vale a dire realmente non esisterebbe nella sua origine; perocchè se essa ha luogo dopo l'emanazione delle nuove leggi, non si verifica egualmente sotto l'impero delle antecedenti, perchè l'atto di concessione non solamente non era contrario, ma conforme alle medesime, e quindi ciò che riesce irregolare per il futuro, essere no'l può per lo passato.

§ 62. Laonde conviene ricorrere necessariamente ad un altro principio, e domandare se la forza della nuova legge abolitiva pel Fisco o pei feudatarii del diritto sulle acque private, fondato sulla superiorità di giurisdizione, estendere si possa ad un concessionario privato d'un diritto di sua natura suscettibile, secondo le nuove leggi, di privato commercio, che godeva del diritto stesso prima dell'emanazione della nuova legge. Ridotta la quistione a questi termini, essa si risolve a ricercare = se le alienazioni, fatte sotto l'impero della legge antecedente, d'un diritto sulle acque, di sua natura suscettibile di privato commercio o possesso, si debbano rispettare o considerare come rivocate. =

§ 63. Consultando la ragione, sembra che siffatte alienazioni non si debbano considerare come rivocate, ma bensì mantenute, attesochè contro delle medesime non milita altro titolo, che quello di una concessione che la nuova legge considera nulla per il futuro; ma non mai un titolo originariamente vizioso, perchè approvato e sanzionato dalla legislazione antecedente, nel mentre che il loro esercizio si può conciliare col nuovo sistema.

§ 64. Una maggiore conferma vien tratta dalla considerazione, che alle nuove leggi non fu mai attribuita la forza di sovvertire l'effetto delle cose transatte o giudicate e passate in giudicato, e nemmeno di quelle che vengono consacrate da una lunga prescrizione, quando d'altronde nella loro continuazione sotto il nuovo regime non oppongono atti contraddittorii al medesimo. Se dunque sotto ad un nuovo Governo può un privato godere senza vizio ed opposizione d'una corrente di acque, nè egli esercita con ciò verun diritto incompatibile colle costituzioni e colle leggi attuali; si dovrà conchiudere potere il medesimo continuare in un possesso, la di cui concessione non diverrebbe viziosa se non che per il futuro.

§ 65. Questa conclusione sembra avvalorata, per una ragione di reciprocanza, dal Regolamento 20 Maggio 1806. Ivi parlandosi delle acque pubbliche, e delle relative concessioni, la legge prosegue: « Le disposi-
» zioni dei precedenti articoli non s'intendono pregiudicare gli attuali
» possessori negli usi, edifizii e diritti relativi, de' quali a tenore delle leggi
» e legittime consuetudini veglianti nei rispettivi paesi godessero con giu-
» sto titolo » (art. 3). Da ciò lice dedurre, che se il Governo stesso rispetta le concessioni o alienazioni di acque pubbliche fatte anteriormente, in quanto hanno un giusto titolo originario, ed in quanto non sono incompatibili colle massime dell'attuale amministrazione, dir pure si dovrà lo stesso rispetto alle acque private; cioè che col restituire il dominio ai privati medesimi ne ha volute formalmente eccettuare quelle alienazioni fatte dai Governi o dai signori anteriori, le quali hanno conferito un diritto non regale, e con ciò conservare un beneficio ch'era posseduto da un terzo in virtù di siffatte alienazioni.

CAPO IV.

Continuazione e conferma.

§ 66. In conformità di questa massima le leggi francesi del 28 Agosto 1792 e 10 Giugno 1793, restituendo ai Comuni i loro antichi diritti, hanno formalmente eccettuato da codesta restituzione ciò che d'altronde era per sè alienabile, era stato alienato dagli antichi signori, ed era posseduto dai terzi in virtù di queste alienazioni. In vista di siffatte leggi la Corte di Cassazione dell'Impero francese, contro le conclusioni del sig. Merlin, in materia appunto di una corrente d'acqua che in forza delle nuove leggi era divenuta privata, e che anteriormente era stata alienata da un feudatario ad un privato, giudicò che il godimento dell'acqua stessa

dovesse essere mantenuto al privato stesso, segnando con ciò la differenza non avvertita dal sig. Merlin fra l'esistenza del diritto in mano del feudatario o di chi lo rappresenta, e l'esistenza dello stesso in mano del privato cittadino che ne gode in virtù di un'alienazione antecedentemente compiuta. Questa decisione del 23 ventoso, anno 10., si legge presso lo stesso sig. Merlin (1). « Attendu que la concession, moyennant un prix » convenu, et motivé par l'utilité publique du Canton, est antérieure » aux lois du 28 Mars 1790, 28 Août 1792, et 14 ventose, an. 7.; que » ces lois, en supprimant les effets de la féodalité, n'ont jamais pu être » applicables à la validité et à la conservation d'un droit de propriété » sur un cours d'eau; droit qui appartenait alors au pouvoir qui l'a cédé; » que les lois du 28 Août 1792 et 10 Juin 1793 en restituant aux Com» munes leurs anciens droits, ont formellement excepté de cette restitu» tion ce qui avait été aliéné par les anciens seigneurs, et ce qui était » possédé par des tiers en vertu de ces aliénations. »

§ 67. Un'ultima e più convincente riprova della detta conclusione si trae dalla legge italiana 5 pratile, anno 6. Da essa coll'articolo 1. « sono » richiamati alla nazione tutti i diritti così detti in addietro *fiscali* o *re*» *gali;* tutti i diritti d'esazione di qualsiasi dazio o imposta, sotto qual» unque denominazione possa essere compresa, anche di pedaggio, tran» sito, passaggio di ponti, fiumi, laghi ec., ed altri simili, in qualun» que modo e tempo alienati ed ipotecati; ma non si parla d'altri diritti » non regali. »

§ 68. Qui, come ognun vede, si tratta di diritti che, giusta le nuove leggi, sono di loro natura esclusi dal commercio privato, perchè vestono il carattere intrinseco di diritti fiscali e regali. Eppure la legge fissa pei rispettivi possessori, anche aventi causa dal Fisco o dai feudatarii, una indennizzazione; locchè induce una differenza fra la legislazione francese, che soppresse tali diritti senza indennità. Con quanta maggiore ragione concludere non si dovrà in favore della conservazione dei diritti non regali in mano dei privati?

§ 69. In secondo luogo nell'art. 16. si stabilisce quanto segue: « Sono » totalmente aboliti tutti i privilegii di esenzione, come pure tutte le pri» vative di osteria, di forno, di molino, di macello, di torchio ec., anche » annesse ai già feudi, o concesse per titolo; e i possessori di questi pri» vilegii e privative non ricevono indennizzazione che a norma in tutto

(1) *Questions de droit.* Ved. *Cours d'eau,* § 1. Tom. III. pag. 195, Parigi an. 12. della repubblica.

» e per tutto di questa legge. Quando però la concessione o l'uso di tali » privative imponesse agli abitanti di un dato Distretto l'obbligo di ser- » virsi esclusivamente di un dato molino o forno ec., in tal caso cotali » privative, come lesive ai diritti dell'uomo, sotto qualunque denomina- » zione vengano chiamate, sono totalmente abolite, senza speranza di al- » cuna indennizzazione. »

» In questa legge non è compreso il diritto di pescagione nei laghi, » fiumi, canali ec., sopra il quale il Corpo legislativo prenderà in seguito » le opportune determinazioni » (1).

§ 70. Dalle sovra recate disposizioni ognuno rileva abbastanza che furono bensì avocati alla nazione i così detti *diritti fiscali* e *regali*, e quindi tutti quei diritti di tale natura che potevano essere esercitati sulle acque, alcuni dei quali furono anche mentovati; e con ciò fu tolto il loro esercizio ad ogni altra persona fuori della nazione medesima: ma nello stesso tempo fu riservata un'indennità agli acquirenti dei medesimi, producendone il titolo di acquisto nelle forme stabilite.

§ 71. Furono inoltre abolite, come contrarie al commercio, le privative, mediante indennizzazione, allorchè non importavano agli abitanti una coazione di servire al possessore delle privative medesime; nel qual caso erano soppresse senza indennità. Ma in tutte queste ordinazioni non si fa parola d'alcun diritto di sua natura non fiscale nè regale, ma bensì capace originariamente di privata proprietà o commercio; talchè concluder si deve per la loro sussistenza almeno fino alla emanazione del Codice Napoleone. Rimane dunque la quistione, se col Codice medesimo tali diritti siano o no stati rivocati.

§ 72. Ridotta di nuovo la quistione a questo punto, ritornano le riflessioni fatte di sopra; e ciò tanto più, che nei motivi della legge si scorge la mira di restituire bensì la proprietà pubblica e privata a chi spetta, dietro i principii di ragione e di diritto naturale e politico; ma non mai quella di spogliare un privato possessore, che per titolo legittimo acqui-

(1) È da notarsi che sotto il 6 germile, anno 6., il Direttorio invitò i possessori dei laghi e pesche a notificare i loro diritti, esprimendo il titolo del possesso, e corredandolo coi relativi documenti; e ciò ad oggetto di conoscere quali erano i nazionali, e quali no.

Con altro Avviso del Ministro dell'Interno del 6 fruttidoro, anno 6., si avvisano tutti e singoli gli utenti ed interessati nelle acque del lago Pusiano e del fiume Lambro a presentare i rilievi e le obbiezioni che loro accadesse di fare sopra un progetto dell'avvocato Luigi Diotti, e la rispettiva relazione dell'ingegnere Ripamonti; e ciò ad oggetto da una parte di promovere coi vantaggi dell'agricoltura la pubblica utilità, e dall'altra di assicurare i diritti dei privati.

stò un diritto intrinsecamente competente dalle anteriori autorità, che potevano legittimamente concederlo sotto l'impero delle vecchie leggi.

CAPO V.

In qual senso il Fisco ed i feudatarli perdettero il diritto di proprietà sulle acque private.

§ 73. Fu detto di sopra, che i diritti arrogatisi dal Fisco o dai feudatarii sulle acque private rimangono spenti dopo l'emanazione del Codice Napoleone; ma fu nello stesso tempo accennata la qualità da cui dipendeva quest'abolizione. Conviene porre esatta attenzione al motivo di tale disposizione. Altro infatti è il dire che al Fisco e ai feudatarii sia stato tolto il diritto di proprietà sulle acque private, quando essi lo esercitano nella loro qualità; ed altro è il dire che siffatti diritti debbano essere loro tolti, allorchè la loro acquisizione ed il loro esercizio non è fondato su questa qualità. Può essere che il Fisco medesimo, non facendo uso dei diritti di sovranità, ma di quelli di privato proprietario, si ponga nella classe di semplice privato utente di un'acqua, e mediante un diritto particolare di proprietà, risultante dal possesso dei beni, o mediante libere convenzioni, acquisti l'uso di una corrente d'acqua. In tal caso è troppo manifesto che non senza ingiustizia si tenterebbe di spogliare il Demanio successivo, od una famiglia una volta feudataria, del diritto sulle acque medesime, dichiarate di ragione privata dalla nuova legislazione. Questa proposizione è abbastanza chiara e ragionevole per abbisognare di dimostrazione. Dal che giova conchiudere, che la continuazione dei diritti nel Fisco o nei feudatarii non viene impedita se non nel caso che l'esercizio dei medesimi sia originato e mantenuto da un dominio diverso da quello che può legittimamente competere ad un privato cittadino, e per cui egli continuasse a possedere a titolo d'impero.

§ 74. Fuori del caso del possesso di un terreno che, secondo le leggi civili, possa avere ragione di acqua, o di un titolo espresso, in cui il Fisco o un antico feudatario, spogliandosi delle pretese di un impero o di un dominio signorile, si posero nel rango di semplici privati, e a modo dei privati acquistarono un diritto, non pare che loro attribuire si debba una ragione sulle acque private, dedotta dal nudo possesso continuato per molti anni; avvegnachè esso diviene essenzialmente dubbio, onde comprovare il vero titolo che può pareggiarli ai privati, stantechè tale possesso poteva egualmente provenire dal preteso impero del dominio feudale, che necessariamente si vuole abolito.

Ecco a che ridur si possa principalmente l'effetto del Codice Napoleone, in punto di proprietà di acque private, sulle disposizioni anteriori al medesimo, e quali considerare si debbano come durevoli dopo la di lui promulgazione.

CAPO VI.

Conferma.

§ 75. A conferma del fin qui detto si può esaminare il seguente caso, coll'analoga decisione della Corte di Cassazione dell'Impero francese.

Fatto.

Il piemontese Sozzi il 24 Settembre 1800 aveva ottenuto dal suo Governo la facoltà di costruire un mulino sulle rive del torrente Tidone, o, per meglio dire, di dirigere sopra le due ruote del suo mulino l'acqua del torrente ch'era necessaria per farlo girare. In correspettivo di questa concessione egli s'era obbligato al pagamento perpetuo d'una rendita di lire 50. Si promulgò in seguito il Codice Napoleone, che dichiara di proprietà privata le acque di quei fiumi che non sono nè navigabili, nè atti al trasporto (art. 538 del Codice Napoleone). Da questo istante il torrente Tidone non formò più parte del pubblico Demanio. Credette quindi il Sozzi che una siffatta disposizione dovesse liberarlo dalla prestazione dell'annuale somma, e che l'assunta reciproca obbligazione, eseguendosi d'anno in anno, *usufructus quotidie constituitur et legatur*, leg. 1. § 3. Dig. III. *De usufr. accresc.*, potesse essere in ciascun anno modificata dalla sopravvenuta legislazione; e di conseguenza, in forza degli art. 638 e 544 del Codice Napoleone, si persuase che l'obbligazione di pagare una rendita era correlativa all'obbligazione della fatta concessione dell'uso delle acque: onde dal momento che il Demanio cessava d'essere il proprietario delle acque, non poteva più per ciò stesso pretendere la rendita, poichè altrimenti l'obbligazione sarebbe senza causa, e quindi dichiarata nulla dall'art. 1131 del Codice Napoleone (*Rep. de jurisp.* alla voce *Moulin*).

« Dal suo canto il Demanio sosteneva che una tale obbligazione era » della natura di quelle che fino dal momento della loro esistenza sono » perfette e consumate quanto alla loro sostanza, estensione, effetti ed » esecuzione; onde colui che aveva acquistato rendite feudali, abbenchè » siano state abolite, non pertanto rimase obbligato al pagamento di es» se, e l'obbligazione di pagare per sè stessa fu considerata della natura » del prezzo, sia che fosse una rendita annuale o perpetua. E perchè mai

» dovrà essere maggiormente favorito colui che ha comperata una presa » d'acqua mediante una rendita perpetua? Avvi anzi questa differenza, » che nelle fatti-specie l'acquirente delle acque ne conserva il godimento » in forza di un beneficio della legge che riguarda la di lui persona, lad- » dove il compratore delle rendite non conserva nulla di quanto ha acqui- » stato, ed è nondimeno obbligato al pagamento del prezzo. »

« E non è d'altronde una obbligazione senza causa, perchè il con- » tratto tragga la sua origine da una causa, alla quale dobbiamo ripor- » tarci per avvalorarne la natura, la causa e gli effetti. *Uniuscujusque » enim contractus initium spectandum et causam.* »

« Giudicato dal Tribunale civile di Bobbio del 21 Gennajo 1808. » Decisione della Corte d'Appello di Genova del 6 Agosto 1808, che di- » chiara estinta la rendita. »

« Ricorso in Cassazione per titolo di contravvenzione alle costitu- » zioni sarde, e di falsa applicazione degli articoli 135. 538 e 644 del » Codice Napoleone. »

« Il sig. Jourde avvocato generale ha conchiuso per la Cassazione. »

Decisione.

« La Corte, dietro deliberazione nella camera del Consiglio. »

« Ritenuto che cessante la causa dell'obbligazione, ne deve pure ces- » sare l'effetto; che la vendita in questione aveva per causa il diritto » esclusivo che il Governo antico del Piemonte esercitava nei torrenti » del suo dominio; che gli art. 538 e 644 del Codice Napoleone hanno » abolito questo diritto, collocando i torrenti nella classe dei fiumi di ra- » gione privata; che in conseguenza dichiarando che questa rendita è pe- » renta, la reclamata decisione non è che una giusta applicazione dei ci- » tati articoli, e non si è con essa in verun modo contravvenuto nè agli » art. 2. 644 e 645 dello stesso Codice, nè agli art. 1 e 2 del titolo 7. » del Lib. VI. delle costituzioni generali del Piemonte, nè ad alcun'altra » legge. Rigetta ec. »

« Del 21 Febbrajo 1810. Sezione civile. Relatore M. Cassaigne » (1).

Osservazioni.

§ 76. Da questa decisione è facile rilevare:

1.° Che il diritto del Demanio succeduto all'antico Governo dichiaravasi estinto sul torrente Tidone, perchè ebbe per causa il *diritto esclu-*

(1) Vedi Sirey, tom. X. Part. I. pag. 173-174.

sivo che l'antico Governo avea sui torrenti, i quali in forza della nuova legge hanno cessato d'essere di ragione pubblica, e sono divenuti di ragione privata.

2.° Che questa estinzione viene operata *ipso jure* dal Codice Napoleone colla qualificazione da lui assegnata.

3.° Che la forza di questa estinzione è tale, che si estende fino alle rendite per concessioni da lui fatte di acque private, ed estingue in mano dello stesso Demanio qualunque diritto a percepire dappoi una prestazione per il titolo abolito.

4.° Nè a ciò osta che in origine il titolo fosse autorizzato dalla legge vigente nel tempo in cui fu costituito; avvegnachè, considerandosi dopo il Codice durevole ed operativo a procurare una prestazione indebita secondo le nuove leggi, esso necessariamente deve cessare come incompatibile colle nuove disposizioni.

5.° È però da osservare, che questa decisione prudentemente si restringe ad abolire l'esercizio di un diritto che il Demanio esercita come avente causa dal preteso dominio signorile sulle acque private; ma non toglie il diritto attivo conferito ad un terzo acquirente di usare delle acque private, quantunque questo terzo lo ripeta da una concessione anteriore fondata sullo stesso titolo di dominio signorile, giusta la dichiarazione della stessa Corte di Cassazione riferita di sopra.

Combinando quindi amendue le decisioni, ne risulta la conferma delle distinzioni superiormente fatte.

CAPO VII.

A quali persone, giusta il Codice Napoleone, sia passata la proprietà delle acque rivendicate al privato dominio.

§ 77. A questa quistione viene risposto in una maniera decisiva dal parere del Consiglio di Stato del 27 e 30 piovoso, anno 13 (1).

« Il Consiglio di Stato, il quale in conseguenza della commissione » di Sua Maestà l'Imperatore ha sentito la relazione della Sezione del- » l'interiore dietro rapporto del Ministro di questo Dipartimento, risguar- » dante la quistione nella quale si tratta di sapere se la pesca delle cor- » renti non navigabili appartenga ai proprietarii dei fondi fronteggianti, » o veramente alle Comunità; considerando: »

(1) È da notarsi che, secondo il Diritto pubblico e costituzionale, i pareri del Consiglio di Stato, approvati dal Capo del Governo, avevano forza di legge, perchè erano considerati come di *autentica interpretazione* affidata al Governo medesimo.

« 1.° Che la pesca delle correnti non navigabili faceva parte dei di-
» ritti feudali, perocchè essa era riservata in Francia, sia ai signori aventi
» l'alta giustizia, sia al signore del fondo; »

« 2.° Che l' abolizione della feudalità è stata fatta non a profitto
» delle Comuni, ma bensì a profitto dei vassalli che sono divenuti liberi
» nelle loro persone e nelle loro proprietà; »

« 3.° Che i proprietarii delle ripe sono esposti a tutti gl' inconve-
» nienti annessi alla vicinanza delle correnti non navigabili (delle quali
» altronde le leggi non hanno riservati i marcia-piedi destinati agli usi
» pubblici); che le leggi ed i decreti del Governo assoggettano questi
» proprietarii alla spesa della purgazione e del mantenimento di queste
» riviere, e che nei principii dell'equità naturale colui che sopporta l'one-
» re deve in contraccambio godere dei benefizii; »

« 4.° In fine, che il diritto di pesca delle acque non navigabili, ac-
» cordato alle Comuni, diventerebbe una servitù per le proprietà dei par-
» ticolari, e che questa servitù non esiste punto secondo i termini del
» Codice civile; »

« E di parere che la pesca delle acque non navigabili non può in
» verun caso appartenere alle Comuni, e che i proprietarii fronteggianti
» alle ripe debbono goderne, senza poter ciò non ostante esercitare que-
» sto diritto se non che conformandosi alle leggi generali ed ai regola-
» menti locali concernenti la pesca; come nemmeno possono conservare
» questo diritto allorchè col tratto del tempo un' acqua in oggi riputata
» non navigabile divenisse navigabile. In conseguenza tutti gli atti del-
» l' autorità amministrativa, che avessero posti i Comuni in possesso di
» questo diritto, debbono essere dichiarati nulli (1). »

§ 78. Da questa dichiarazione, avente forza di legge, emerge chiaramente e positivamente, che le proprietà delle acque non navigabili, ricadute sotto il privato dominio, non sono passate in mano delle Comuni, ma bensì dei privati fronteggianti le acque medesime. Il diritto di pesca non è che un accessorio dipendente da quello della proprietà; e però col dichiarare il titolo di questo diritto fu dichiarato nello stesso tempo anche il titolo fondamentale del medesimo, o, a dir meglio, a chi appartenga questo titolo fondamentale.

Nello stesso tempo dalle ultime parole di questa dichiarazione sorge un luminoso criterio per distinguere le acque veramente pubbliche dalle

(1) Sirey, Tom. V. Parte II. pag. 433.

privata; e questo consiste nell'*attuale destinazione* ed *uso* di navigazione e di atto a trasporto.

CAPO VIII.

Del criterio preciso onde distinguere le acque pubbliche dalle private.

§ 79. L'attuale destinazione ad uso pubblico di una cosa qualunque costituisce propriamente il carattere specifico che contraddistingue legalmente una cosa materiale pubblica dalla privata. E qui conviene riflettere, che altro è un bene *demaniale* o *fiscale*, altro un bene di un *Comune*, ed altro un bene *pubblico* (1). Una strada maestra è certamente

---

Diritto romano.

"(1) Bona civitatis ABUSIVE PUBLICA dicta „sunt. Sola enim ea proprie *publica* dicenda „sunt, quae populi romani sunt„ (dice la legge 15 Digest. *De verborum significatione*). "Civitates enim privatorum loco haben„tur„ (dice la leg. 16 dello stesso titolo). In generale poi, come nota eccellentemente il Pothier al titolo *De verborum significatione*, al n. 181. "Publicae res publico sensu „accipiuntur. Et priori quidem pro illis re„bus quae publicis usibus inserviunt, qualia „sunt flumina et eorum ripae, portus, statio„nes quaedam, etiam stagna, lacus et fos„sae.„ Legge unica, § 6. Digest. *Ut in flumina publico navigabile*. L'altro senso poi è improprio, quale appunto quello accennato da Ulpiano nella legge 17., giusta la locuzione volgare.

Codice Napoleone.

"§ 538. Tutte le strade che sono a carico „dello Stato, i fiumi, le riviere navigabili od „inservienti a trasporto, le rive, i siti occupati „e quindi abbandonati dal mare, i porti, i se„ni, le spiagge, e generalmente tutte le parti „del territorio dello Stato non suscettibili di „privata proprietà, sono considerate come „pertinenze del Demanio pubblico.„

"§ 539. Tutti i beni vacanti e senza padro„ne, quelli delle persone che muojono senza „eredi, o le cui eredità sono abbandonate, ap„partengono allo Stato.„

"§ 540. Le porte, i muri, le fosse, i bastio„ni delle piazze di guerra e delle fortezze, fan„no similmente parte del Demanio pubblico.„

"§ 541. Lo stesso è dei terreni, delle forti„ficazioni e dei bastioni, delle piazze che più „non sono piazze di guerra: essi appartengo„no allo Stato, se non furono legittimamente „alienati, o non ne fu prescritta la proprietà „contro lo Stato.„

"§ 542. I beni comunali sono quelli, alla „proprietà od al prodotto dei quali gli abi„tanti di uno o più Comuni hanno un diritto „acquisito.„

Codice civile universale austriaco.

"§ 286. Le cose esistenti nel territorio del„lo Stato sono o beni dello Stato, o beni pri„vati. Sono privati quelli che appartengono „a persone singole o a persone morali, a so„cietà minori o a Comunità intere.„

"§ 287. Diconsi cose a niuno appartenenti „quelle che si possono occupare liberamente „da tutti i cittadini. Quelle che sono loro „concedute soltanto ad uso, come le strade „maestre, i fiumi, le riviere, i porti e le spiag„ge di mare, chiamansi *beni universali* o „*pubblici*.„

"È patrimonio dello Stato tutto ciò che „è destinato a somministrare i redditi neces„sarii per sostenerne i bisogni, come il diritto „di coniar monete, quello delle poste, e gli „altri diritti di Maestà, che chiamansi anche „*regali*, i beni camerali, le miniere, le sali„ne, i tributi e le gabelle.„

pubblica, perocchè a tutti i membri di un dato territorio, e viventi sotto lo stesso Governo, appartiene il diritto di passare per quella strada maestra. Fingasi il caso che quella strada sia abbandonata, e ne venga sostituita un'altra. Che cosa nasce da ciò? Che il terreno della vecchia strada potrà bensì diventare o rimanere proprietà *demaniale*, ma esso rimane spogliato della sua anteriore destinazione ed uso. Il carattere di strada maestra pubblica le fu tolto colla costruzione di altra strada, e col togliere alla prima il divieto di poter essere rivolta ad altro uso. Così noi veggiamo che il carattere legale di *pubblicità* dipende dal carattere attuale di *destinazione* e di *uso pubblico*. Ma la destinazione e l'uso sono indotti dal *fatto dell'uomo*, ossia meglio della pubblica autorità, la quale per ciò stesso che toglie la relazione solidale di pubblicità, toglie il carattere fondamentale degli annessi diritti ed obblighi proprii delle cose veramente pubbliche.

§ 80. È cosa importante di ben afferrare le idee principali e le conseguenze di queste nozioni, perocchè da esse dipende la soluzione di moltissime quistioni pratiche che possono accadere, e che diffatti accadono. Si questiona, per esempio, se un tal bene demaniale possa essere assoggettato a prescrizione, se possa essere pareggiato ai beni privati, tanto per le contrattazioni, quanto per le forme, ec. Senza aver côlto il surriferito criterio della destinazione e dell'uso veramente pubblico della cosa, non è possibile di procedere in una maniera chiara e definitiva. Nella mente dei volgari giureconsulti facilmente accade lo scambio dei beni *demaniali* coi beni *pubblici*, e dei beni demaniali dello Stato coi beni riservati alla *Corona*, ec.

§ 81. L'idea di *pubblico* e di *pubblicità* è la prima, della quale conviene formarsi un ben distinto ed adeguato concetto; altrimenti si disputa mai sempre senza giungere ad una definitiva risoluzione. Più ancora: nelle questioni legali si corre sempre pericolo di ledere o le ragioni dello Stato, o quelle dei privati.

§ 82. La denominazione di *pubblico*, della quale ad ogni tratto si fa uso, sveglia un'idea confusa, cui è necessario di ridurre ad un più esatto concetto, specialmente perchè si applica in sensi affatto diversi. Ognuno sa che la parola *pubblico* talvolta s'impiega come *predicato* di uno

---

"§ 288. Nella stessa maniera si chiamano „*beni comunali* quelli che, secondo le costi„tuzioni della Provincia, servono all'uso di „ciascun membro d'una comunità: i beni, i „di cui redditi sono destinati a sostenere le „spese della comunità, costituiscono il patri„monio della comunità medesima.„

"§. 289. Anche il patrimonio che il Sovra„no non possiede come supremo Capo dello „Stato, si considera come bene privato.„

o più oggetti; e talvolta si assume per indicare un *aggregato di persone* che chiamasi *pubblico*. Così dicesi per esempio: *è nota al pubblico la tal cosa; il pubblico dice questo o questo*, ec. È dunque necessario trovare la radice comune, per darne la giusta definizione.

§ 83. È incontrastabile che *pochi privati* non formano un pubblico; no 'l formano nemmeno *certe classi* considerate in sè stesse, benchè siano numerose. Dall'altra parte poi l'unione delle nazioni non costituisce veramente *un pubblico*, ma bensì l'intiero *genere umano*. Nemmeno con questo nome s'intendono molti uomini erranti in seno di una selvaggia indipendenza; perchè non essendovi fra loro nè colleganza nè comunione di pensieri e di affari, non formano una persona collettiva; concetto che è indivisibile dalla denominazione del *pubblico* considerato come *persona*. Rimane dunque che il pubblico, riguardato come persona, altro non possa essere che una società vivente in colleganza, e che fa uso comune di affari, di lingua e di commercio.

§ 84. Rimane per altro sempre la ricerca per determinare la ragione della denominazione di *pubblico*; e quindi precisamente rimane a vedere in che veramente consista la *pubblicità*. Dicesi per esempio: *dare ad una cosa qualunque la più grande pubblicità*. Che cosa intendiamo noi con ciò? Noi intendiamo una operazione, colla quale la cosa medesima viene dedotta a notizia del maggior numero possibile degli uomini componenti una data popolazione, dimodochè per altro la notizia possa pervenire a tutti indistintamente. La pubblicità esclude essenzialmente ogni limite o parzialità: essa anzi di sua natura inchiude la possibilità pratica di essere conosciuta da qualsiasi persona componente una data popolazione, *niuna esclusa*, e, se fosse possibile, di molte popolazioni ancora.

§ 85. Io dico ancor poco. Colla parola *possibilità* non si esprime ancora quel concetto che si annette alla *pubblicità*. Se taluno esponesse uno scritto, una manifattura, o qualunque altra cosa visibile, in un remoto deserto, o su di un dirupato monte, ove quasi niuno suol praticare; lungi che con questo atto si dicesse dare egli alle mentovate cose una pubblicità, si direbbe all'opposto ch'egli abbia voluto in qualche guisa occultarle al pubblico. E perchè ciò? Perchè nei mentovati luoghi, giusta la consuetudine ordinaria degli uomini, non vi ha frequenza e concorso di spettatori. Eppure è *possibile* di andare colà a chi piace, e niuno viene escluso. Si sente pertanto che nel comune concetto la pubblicità abbraccia qualche cosa di più della mera possibilità di cui parliamo, e che propriamente ha piuttosto in mira d'indicare un tale stato di cose,

in virtù del quale (atteso il costume di una data popolazione di concorrere con frequenza o di essere in gran numero in un dato luogo) può un dato fatto essere facilmente e senza riserva alcuna conosciuto dal massimo numero delle persone componenti un dato pubblico.

§ 86. Queste osservazioni sono speciali alla pubblicità considerata nel sistema notificativo, cioè allorchè si tratta di dedurre a *notizia* un dato fatto o una data disposizione. Ma questo aspetto di cose non presenta che una speciale applicazione dell'idea di *pubblicità*. Imperocchè questa qualità verificar si deve tanto nello *statuire*, quanto nel *governare*. La notificazione accompagna e sussegue tanto la legislazione, quanto l'esecuzione. Conviene adunque riguardare l'idea di *pubblicità* tanto nel concetto delle leggi, quanto nel concetto delle effettive operazioni del Governo. Così si vedrà tutta la sfera dei soggetti ai quali la pubblicità si può applicare.

Dovendo però nel caso nostro considerare particolarmente la pubblicità come un aggiunto dell'amministrazione, noi considereremo l'idea di *pubblico* come qualità aggiunta.

§ 87. Dalle cose finora discorse agevolmente si vede che l'idea di *pubblico*, sia che l'applichiate ad una persona per connotare la sua unità, sia che l'applichiate a qualunque relazione ed a qualunque operazione, sempre di sua natura esclude la *divisione* delle parti di una medesima società, e propriamente inchiude ed abbraccia il *complesso* di tutte le parti stesse, niuna eccettuata. Per lo che è evidente non potersi appellare *pubblica* una cosa quando dalla sua posizione attuale esclude in fatto od in potenza una qualche parte degl'individui che compongono la persona collettiva del pubblico, quale fu di sopra definita.

§ 88. Si affigge, a cagion d'esempio, uno scritto in un luogo frequentato in modo che lo possono leggere tutti i passaggieri. Benchè in fatto accada che coloro che lo leggono formino un numero talmente piccolo da non eccedere il numero degl'individui d'una famiglia o di una particolare congregazione, ciò non ostante dicesi che lo scritto affisso fu fatto *pubblico*. Perchè ciò? Perchè dalla maniera dell'affissione in un luogo dal quale qualunque persona componente il dato pubblico poteva passare, si considera che ogni membro del medesimo ne *poteva* aver notizia. Per lo contrario benchè un numero assai maggiore di persone intervenga in un altro luogo a vedere o a sentire altri oggetti, ma che il luogo non sia aperto che ad alcuni particolari, o ad una certa classe di società; ciò non ostante, malgrado la maggioranza del numero sopra coloro i quali di fatto concorrono a leggere l'affisso pubblicato, si dirà sempre che il luogo riser-

vato non è pubblico, e le cose ivi manifestate non sono fatte di ragione pubblica. Così dicesi *un teatro privato*, *una privata accademia*, *una privata adunanza* ec., benchè forse il numero dei concorrenti sia maggiore del numero di coloro che assistono ad una pubblica funzione.

§ 89. Per la qual cosa è manifesto che una cosa qualunque acquista la denominazione di *pubblica* per la sua *relazione a tutto l'aggregato di una società che si figura costituire la persona collettiva di un pubblico.* Questa relazione sotto diverse forme, ossia meglio nelle sue diverse applicazioni, è sempre immutabile, e qualifica ogni disposizione ed ogni altra operazione come pubblica.

Questa idea ritorna sempre sotto vario concetto nella scienza del Diritto e del Governo; ritorna pure nel Diritto civile sotto il rapporto specialmente di *ordine pubblico.*

§ 90. Premesse queste idee rigorosamente logiche, ed applicandole alle cose godevoli e che cadono negli usi della vita, tosto si osserva che ogni cosa materiale, considerata in sè stessa, non è pel suo concetto nè pubblica, nè privata: essa diviene tale soltanto per la relazione colla quale viene rivestita. Viene essa rivestita della relazione solidale e complessiva a tutta una società, come testè fu esposta? allora essa viene *caratterizzata* come pubblica. Manca essa questa complessiva relazione? allora ella cessa di essere pubblica.

§ 91. Fra l'idea per altro di assolutamente *pubblico* e di assolutamente *privato* havvi una classe di beni che, sebbene sieno consecrati ad oggetti i quali per sè stessi hanno una relazione pubblica; ciò non ostante sotto altri rapporti possono rivestire la relazione di pura *appartenenza* fiscale o demaniale, ma non di uso pubblico. Così uno spedale fatto per tutto uno Stato, una Università di studii, ed altri simili oggetti, quanto alla *destinazione* loro, sono pubblici; sono pure di dominio o di proprietà originaria e fondamentale pubblica. Ma qui conviene distinguere la parte formale dello stabilimento dalla sua dotazione. La prima è pubblica; ma quanto alle loro dotazioni, ossia ai beni, non si possono in buona logica e con vera proprietà di concetto considerare *pubblici*, ma come *semplicemente privati*, o come *puramente demaniali*, *consacrati ad una data classe soltanto di persone.* Ciò che dicesi di questi si può dire di qualsiasi altro così detto pubblico stabilimento. Sia pur vero che l'amministrazione di alcuni o la sorveglianza sopra altri sia pubblica; sia pur vero che i frutti che ne derivano siano rivolti a vantaggio delle persone di questi stabilimenti: sarà sempre vero che l'uso e la servitù immediata e materiale dei beni componenti la dotazione non è per sè pub-

blica, ma sussidiaria ad un servigio di uno stabilimento pubblico. Il carattere di *sussidiario* toglie l'immediato carattere privilegiato della *pubblicità*. Se il carattere di *sussidiario* si dovesse assumere come identico al *principale*, noi dovremmo dire essere *pubblico* anche il salario degli inservienti ad un pubblico stabilimento, pubblici i poderi d'uno spedale, d'un beneficio ecclesiastico, come una strada, un fiume, una piazza. Al demanio sociale tutto al più dir si potrebbero appartenere questi poderi, ed essere consacrati al sostentamento di date persone; ma giammai di uso pubblico, nel senso d'una strada, di un fiume o d'una piazza.

§ 92. Le dottrine esposte fino a qui sono implicitamente autorizzate da tutte le buone legislazioni. Diffatti consultando la legislazione romana, quella del Codice Napoleone, e quella del Codice attuale, noi troviamo implicitamente sanzionate queste distinzioni. Ma, a fine di evitare ogni equivoco, disegnare si debbono i beni col nome o di semplicemente *demaniali*, o di strettamente *pubblici*. I primi sono assoggettati alle regole ordinarie del civile Diritto; i secondi sono assoggettati ai regolamenti di pubblica amministrazione, e diretti dai rapporti della cosa pubblica. Parlando poi in particolare del soggetto delle acque, e più strettamente di ciò che riguarda la loro condotta, dire dovremo che la destinazione e l'uso di una massa o corrente d'acqua si è quella che la contraddistingue legalmente. E però quella dovrà dirsi *acqua pubblica*, la quale per la sua destinazione e pel suo uso è riservata o consacrata a tutti i membri che compongono un dato pubblico. *Acque private* per lo contrario dovranno dirsi tutte quelle le quali non rivestono questa destinazione e questo uso. È noto che il nome di *privato* non si riferisce solamente ad un individuo o ad una famiglia, ma eziandio a quelle persone morali e collettive, le quali compongono una data corporazione. Le Comunità ossia Municipalità sono in questo novero, e però anch'esse vengono rette dal Diritto civile privato.

CAPO IX.

Discussione di una questione risguardante il Diritto romano in punto di prescrizione di acque esclusivamente pubbliche.

§ 93. Contro questa teoria pare almeno indirettamente opporsi una vecchia sentenza, già adottata dalla comune dei giureconsulti sull'appoggio di una poco ponderata interpretazione di un testo del Diritto romano. Ma questa sentenza fu meritamente impugnata sì per il fatto che per il diritto dall'Accursio, dal Cujaccio, e da Giacomo Gottofredo. Io

sono costretto a chiamare qui ad esame questa opinione comune, perocchè dal Pecchio venne adottata alla cieca. « Conclusio nostra est (dice » egli) per tempus immemorabile, cujus initii non extat memoria, in » contrarium acquiri posse jus ducendi aquam ex flumine navigabili; » quae conclusio procedit etiam in Principi reservatis. » E qui cita la legge *Usum* 4. Cod. *De aquaeductu* (1), ed una serie di dottori.

§ 94. Prima di recare in mezzo la citata legge, faremo osservare che l'ultima parte del Codice giustinianeo, e propriamente il Libro XI, non venne per comune consenso riguardato come adottato in pratica, stantechè le materie ivi contenute sono tutte puramente regolamentari e di pubblica amministrazione del Governo in allora vigente, e posteriormente non attivato. Ma anche considerando la cosa in sè stessa, e la citata legge come non abrogata dalla pratica, rimane dubbio se sia stata rettamente intesa. Eccone le parole: « Usum aquae veterem, longoque domi» nio constitutum singulis civibus manere censemus, nec ulla novatione » turbari: ita tamen ut quantitatem singuli quam veteri licentia perci» piunt more usque in praesentem diem perdurante percipiant: mansura » poena in eos qui ad irrigationes agrorum vel hortorum delicias furtivis » aquarum meatibus abutuntur. » Questa legge è degli imperatori Arcadio ed Onorio, diretta ad Asterio conte d'Oriente.

§ 95. Dalla sola lettura di questo testo si può congetturare in primo luogo, che qui trattandosi dell'uso dell'acqua di un pubblico acquidotto che vedesi destinato al godimento degli abitanti di una città, i giureconsulti che vollero estendere la disposizione di questa legge ai fiumi navigabili, la trassero ad un altro oggetto inchiudente rapporti legali diversi. Il mantenere gli abitanti di una città nel godimento della presa di acqua destinata ai loro usi domestici non devia la cosa dalla sua destinazione e dal suo uso. Per lo contrario assoggettare un diritto veramente pubblico alla prescrizione delle cose private, egli è un sovvertire tanto le leggi di ragione, quanto quelle di positiva autorità, ripetutamente inserite e solennemente proclamate nel Codice stesso giustinianeo.

§ 96. L'osservazione qui fatta sulle acque, delle quali parla la detta legge, non può essere impugnata. Se diffatti in essa si proibisce di usare dell'acqua di cui parla il legislatore per irrigazione di orti o di campi, egli è manifesto che per ciò stesso l'acqua di cui si parla era destinata agli usi urbani e domestici. Ciò stante, la teoria di Diritto, come da una parte non viene violata, così dall'altra non autorizza la indebita esten-

(1) *Tractatus de aquaeductu*, Lib. I. Cap. II. Quest. 3. n.° 1.

sione che si è voluto dare a questo testo. Anzi con questa estensione esso viene a ricevere un'applicazione non solamente contraria al principio generale dell'imprescrittibilità dei pubblici diritti, ma allo scopo medesimo sul quale si aggira la legge speciale. Egli è lo stesso come se il legislatore avesse detto: = L'acqua degli acquidotti costruiti a spese dell'erario è destinata unicamente agli usi urbani. Io proibisco che venga distratta in altri usi, e proibisco ancora che vengano clandestinamente aperte bocche, le quali possano deviare l'acqua da questa destinazione. = Quale logica pertanto può approvare l'argomento dei dottori, che prescrivere si possa con un lungo possesso un'acqua pubblica? Il legislatore altro non ha voluto annunziare, che gli utenti dell'acquidotto non debbano essere molestati, semprechè il godimento loro sia limitato alla destinazione ed all'uso pel quale fu costruito l'acquidotto, e pel quale furono le acque distribuite.

§ 97. Qui poi converrebbe aggiungere la menzione fatta dalla legge dell'anteriore licenza e concessione fatta dal Governo, sul che insistettero appunto l'Accursio, il Cujaccio ed il Gottofredo. Infatti quell'*usus vetus aquae* deve congiungersi alla locuzione della quantità, *quam veteri licentia percipiunt.* Diffatti qui parlandosi dello stesso oggetto, si sente a prima giunta che l'antico uso dipende appunto da un'antica licenza, e per conseguenza qui si esclude ogni acquisizione a titolo di servitù ordinaria civile, per dar luogo soltanto ad una positiva concessione principesca. Lungi dunque che l'esame del recato testo autorizzi la illazione dei vecchi dottori, esso anzi la esclude positivamente. Allora, considerato tutto lo spirito del testo, ne verrebbe che l'antico uso o possesso deve derivare da un'anteriore concessione principesca. Ma con ciò si stabilisce appunto la contraria tesi, e si esclude perfino la possibilità di qualunque civile prescrizione.

§ 98. Ma udiamo ciò che qui soggiunge il Gottofredo. Esso esamina la legge suddetta nel Codice teodosiano, dal quale fu alla lettera riportata nel giustinianeo.

Questa nel Codice teodosiano esiste nel titolo 2. del Libro XV.; il qual titolo porta la rubrica *De aquaeductu*, il quale viene soggiunto a quello *De operibus publicis.* Ecco quanto ne discorre il lodato Giacomo Gottofredo. « Come la vetustà tien forza di legge nel diritto della » *condotta delle acque private* (1), così è parso ad alcuni che questa ve-

(1) Leg. 3. § 4. Digest. *De aqua quotidiana et aestiva.* Leg. ult. Digest. *de aqua et aqua pluvia arcenda.*

» tustà debbasi tenere per norma onde costituire il diritto di dedurre » l'acqua pubblica, e ciò in forza di questa legge emanata da Arcadio » nell'anno 397. Prevalente per altro deve tenersi la sentenza di Accur- » sio, la quale fu abbracciata anche dal Cujaccio, colla quale afferma non » trattarsi in questa legge della nuda vetustà dell'uso di condurre que- » st'acqua, ossia della prescrizione senza titolo, ma bensì di un'antica » licenza accordata dal Principe. Licentia constituta sono le indica- » zioni delle quali questa legge fa uso. Con ciò vedesi che qui si parla » delle persone alle quali già lungo tempo prima il Principe avea espres- » samente conceduto l'uso di un'acqua pubblica. Questa sentenza piace » anche a me, abbandonando l'altra comune. A ciò sono indotto, sia in » forza di ragione legale, sia dalla particolare considerazione degli ac- » quidotti, sia finalmente dall'attenta ed accurata ponderazione delle pa- » role di questa legge. »

« Dico in primo luogo che la mia sentenza è appoggiata ai veri rap- » porti di *jus*. Imperocchè nè fare nè fingere si può col solo uso e pre- » scrizione civile privata la facoltà di acquistare il dominio di un'acqua » appartenente ad un pubblico acquidotto (1). La ragione generale si ri- » trova anche nella legge 22. del titolo antecedente, inscritto *De ope- » ribus publicis*. Ivi formalmente si stabilisce il principio generale, che » la prescrizione del tempo non può essere opposta al pubblico diritto. »

« Dissi in secondo luogo che la mia opinione viene convalidata dal- » la considerazione della natura di sì fatti acquidotti. La ragione loro si » fu, che l'*uso loro* fosse costantemente *destinato* ai comodi della città, » e che da veruna persona si potesse altro domandare, fuorchè quest'uso » medesimo. Ciò non è tutto: a niuno fu permesso usurparsi una mag- » giore misura d'acqua di quella che fosse stata conceduta. Tale senten- » za e divieto lo leggiamo in parecchie leggi di questo titolo. Veggansi » diffatti le leggi 2. 3. 4. 5. e 6. sopra riferite, e la legge 8. ed ultima, » che susseguono la presente. Con esse egli è manifesto venire interdet- » ta qualunque antica usurpazione. »

« Forse che in questa legge si domanda o stabilisce se l'acqua pub- » blica possa venire prescritta? No certamente; ma solamente se l'antico » uso di un'acqua conceduta a taluno possa o debba per qualche ragio- » ne essere diminuito in vista di domande fatte da altri. Per la qual cosa » la mente di questa legge si è, che la quantità o misura delle acque per

---

(1) Leg. 9. in fine del Codice giustinianeo dello stesso titolo.

» lo passato concessa, e per lungo tratto d'anni posseduta, non dev'es- » sere a veruno diminuita. »

« Da ciò si vede che non si tratta nel principio di questa legge del- » l'acquisto del diritto di condurre acqua per solo uso, ma bensì di *con-* » *servare* e *tutelare* un'antica concessione e licenza accordata da un atto » del Principe. E però si tratta di confermare l'uso di un'acqua una vol- » ta concessa e costituita contro la concorrenza di altri che ne doman- » dano. Imperocchè soventi volte tanto il Principe, quanto Asterio conte » di Oriente, venivano molestati da importune suppliche di persone che » chiedevano acqua dal pubblico acquidotto. Essi non potendo consegui- » re dal pubblico la misura d'acqua che desideravano, poichè non anda- » vano vacanti le prese di acqua già fissate in proporzione della distribu- » zione originaria, dimandavano che almeno fosse detratto qualche cosa » a coloro ai quali vecchiamente era stata concessa una data misura, os- » sia che venisse ristretto l'antico modulo a loro fissato. Ma l'imperatore » Arcadio rescrive ad Asterio: *Usum aquae veterem longoque dominio* » *constitutum singulis quibuscumque manere oportere*, *nec ulla no-* » *vatione turbari.* »

« Dissi finalmente che, ponderate a dovere le parole di questa legge, » esse sono contrarie alla comune opinione dei dottori. In primo luogo » osta la parola di LICENZA qui usata dalla legge. *Ut quantitatem* (dice) » *singuli quam* VETERI LICENTIA *percipiunt more usque in praesentem* » *diem perdurante percipiant.* Qui la licenza non è l'uso, l'autorità, » l'usurpazione od una licenza intrusa; ma bensì è una facoltà attribui- » ta, ossia un'attribuzione compartita dal Principe, ossia dalla imperiale » munificenza. Così nella legge 2. di questo titolo la parola *licitum* si » prende come cosa derivante da indulto del Principe. *Si ultra licitum* » *aliquam usurpare constiterit*, ivi dal contesto viene applicato alla con- » cessione principesca. Lo stesso senso pur viene assunto dalla legge 5. » e 6. Nello stesso senso si applicano le parole: *ex beneficio*, *vel rescri-* » *pto*, *vel indulto Principis.* »

« In secondo luogo osta la parola CONSTITUTUM, la quale, intesa a » dovere, porta alla stessa conclusione. »

« In terzo luogo osta la parola PERCIPIENDI; imperocchè il percepire » significa nel linguaggio legale *ex beneficio aliquo capere.* »

« Finalmente la parola QUANTITATIS porta alla stessa conclusione. » Essa allude alla misura fissata dal Principe o dal Magistrato. »

« Dunque *usus aquae vetus* egli è quello che *olim* (come dice la » legge 5.) fu impetrato. Tal'è la mente di questa legge. »

« Le quali cose così essendo, cessino oramai i dottori di voler de-
» durre da questa legge che il diritto di un'acqua pubblica dal pubblico
» (e specialmente da un acquidotto) prescrivere si possa con tanto tempo,
» del di cui principio non esista memoria (1). Vano poi soprattutto si è
» lo sforzo col quale vogliono estendere questa prescrizione al dominio
» del mare » (2).

CAPO X.

Se da un possesso, del principio del quale non esiste memoria, si possa presumere la concessione necessaria all'uso di un' acqua pubblica.

§ 99. A discutere questa quistione noi siamo obbligati da un'altra causale soggiunta dal Pecchio, il quale dall'immemorabile possesso trae la conseguenza, che debbasi presumere un'anteriore concessione della pubblica autorità, la quale sola avea diritto di concedere una presa d'acqua da un fiume pubblico navigabile. Con questa soggiunta però viene abbandonata la tesi comune dei dottori, da noi qui sopra impugnata, e si pone in campo un'altra quistione. Le parole del Pecchio, che cita il Cravetta, sono: *quia talis praescriptio habet vim tituli seu est loco privilegii tamquam a Principe concessi.* Qui trovo una frase ambigua. Quel *loco privilegii* o si assume in via di *fatto*, o si assume in via di *diritto.* Se in via di *fatto*, si abbandona effettivamente la tesi comune, e si adotta l'imprescrittibilità del pubblico diritto; se poi si assume in via di *diritto*, o come funzione del medesimo, come nelle dottrine civili comuni, allora noi siamo nei termini della tesi sostenuta dai dottori. Siccome questa fu da noi già combattuta, così ci rimane solamente a discutere l'altro aspetto che in via di *fatto* può presentarsi.

§ 100. Il senso di questa si è il seguente. Concedasi pure che contro un pubblico diritto non possa correre l'ordinaria prescrizione civile; concedasi dunque che niun privato possa godere di una presa d'acqua da un fiume pubblico, senza un espresso atto di concessione della pubblica autorità. Ora si domanda se, stando anche questa massima, si possa stabilire in fatto la presunzione di questa concessione mediante quel corso di tempo, il quale dai legali viene caratterizzato come immemorabile.

(1) Tal'era l'induzione della glossa, e dopo di lei degli altri interpreti, fra i quali giova ricordare il Cipolla al titolo *Delle servitù prediali rustiche*, Cap. IV. n.° 24. Balbo *De praescriptionibus* 4. Part. II. Quest. 4. e 5.

(2) Giacomo Gottofredo al Codice teodosiano, Tom. V. pag. 379-380. Lipsia 1742, presso Giorgio Weidmann.

§ 101. Colla posizione di questa quistione ognun vede agitarsi un argomento di diritto *probatorio*, la conseguenza del quale si è appunto un diritto attribuito sopra una presa di acqua. Qui conviene rattemperare il rigore del diritto pubblico coi riguardi al diritto privato, ben inteso che il pubblico debba ritenere l'*essenziale* sua integrità. Dico adunque, che per procedere alla soluzione della proposta quistione conviene ricorrere alla distinzione fondamentale seguente. O la presa d'acqua, di cui si tratta, *nuoce* alla destinazione, all'uso ed alla sicurezza del corso dell'acqua pubblica, considerato ne' suoi rapporti di pubblico interesse, o no. Nel primo caso non può militare in favore del possessore presunzione alcuna e guarentigia legale valevole a mantenere il suo possesso. È troppo noto, che se la concessione fosse stata anche recente ed esplicita, sopravvenendo una reale incompatibilità di fatto fra il beneficio del privato e l'uso o la necessità pubblica, tale concessione potrebbe essere a buon diritto rivocata. E se questa concessione fosse stata comprata, o altrimenti trasmessa a titolo oneroso, il possessore della presa di acqua, previa indennizzazione dello sborso fatto o dell'equo correspettivo, potrebbe essere spogliato della medesima. La forza del principio è tale, che anche un possessore di un fondo certamente suo può, a fronte di una dovuta indennizzazione, essere obbligato a cederlo allo Stato tanto per pubblica necessità, quanto per allontanare un pubblico danno, o altro grave incomodo. Si deve dunque in questa quistione ritenere il principio, che ogni concessione di una cosa godevole pubblica involge fino nel suo incominciamento la clausola di essere *rivocabile*, allorchè la concessione medesima riuscisse per avventura incompatibile coi rapporti della cosa comune.

§ 102. Rimane a vedere se nel caso che l'uso dell'acqua riesce *innocuo*, un possesso immemorabile possa far presumere un'originaria concessione della pubblica autorità. Ridotta la quistione a questi limiti, e supponendo che gli atti pubblici conservati non dimostrino verun *contrario titolo*, nè veruna opposizione, pare che il possessore della presa di acqua, della quale si parla qui, essendo possessore innocuo, e dimostrando l'immemorabile e legale possesso notorio, tollerato e libero, debbasi presumere munito della dovuta originaria concessione.

§ 103. Si dirà che questa ritrovar si dovrebbe nei pubblici archivii. A ciò si risponde, che contro lo smarrimento o deperimento di siffatte memorie fu indotta appunto la salvaguardia dei leciti possessi, vale a dire di quei possessi i quali in fatto non presentano vizio alcuno. Nel rimedio della prescrizione si è voluto provvedere in grande alla sicurezza dei

possessi, e però se per un'astratta possibilità si potesse fingere anche qualche particolare usurpazione, questa a fronte di un grande interesse comune diviene tollerabile, e dev'essere coperta, per non recare mali maggiori con penose inquisizioni sul passato.

§ 104. Qui taluno oppor mi potrà, che con questa causale viene *in sostanza* pareggiato un possessore d'una presa di acqua pubblica a quello d'una privata. Per togliere ogni obbietto, e per conciliare tutti i rapporti, distinguere si deve in un fiume l'acqua disponibile dalla non disponibile, la commerciabile dalla non commerciabile. La *disponibilità* di un'acqua pubblica consiste nella facoltà di poterla distrarre in altri usi, senza nuocere allo scopo principale al quale fu consacrata. Ora considerando il diritto *pubblico* indotto dalla destinazione e dall'uso dei fiumi, che cosa ne risulta? I fiumi in linea di pubblica amministrazione si debbono considerare: 1.° quanto all'uso godevole; 2.° quanto alla loro conservazione; 3.° quanto al nocumento che ne può derivare. Ora quanto al godimento, esso è ristretto alla libera e sicura navigazione; quanto alla conservazione, essa è ristretta ad allontanare ogni pericolo di dispersioni; quanto al nocumento poi, esso restringesi alle corrosioni ed inondazioni.

§ 105. Dunque egli è manifesto che l'acqua di un fiume navigabile, ed atto a trasporto, benchè si consideri *appartenere* al Demanio dello Stato, ciò non ostante la destinazione e l'uso veramente pubblico di lui non è così *assorbente* da non permettere anche un privato commercio delle acque medesime, purchè egli sia per ogni suo rapporto innocuo. Ciò stante, si può almeno mentalmente considerare nella stessa massa di acque due caratteri di titoli e di diritti, sempre però dipendenti dallo stato di fatto. Il primo carattere egli è quello di servire ad uso veramente pubblico; il secondo di poter servire ad usi privati senza nuocere all'uso pubblico. Allora *il di più* che rimane diventa legalmente *demaniale*, e non riesce più di stretto *uso pubblico*. Allora per conseguenza questa massa ulteriore di acque può essere assoggettata a quei rapporti di diritto, i quali vengono regolati dalla legge civile. Se materialmente ed ocularmente fare non si può questa separazione, considerando la massa del fiume nella sua attuale esistenza e consistenza, essa però può essere fatta intellettualmente e coll'uso. Ciò stante, ognun vede che se a primo tratto pare che si vogliano accoppiare ragioni incompatibili, ciò in pratica non si verifica nè punto nè poco.

§ 106. Ne volete voi una prova ulteriore? Tutti i regolamenti parlano di concessioni della presa di un'acqua da un fiume pubblico. E perchè

ciò? Appunto perchè fare si può la *separazione* di cui parlo qui. Se dunque di fatto constasse che la presa di acqua d'un antico possessore *ab immemorabili* stia dentro i confini delle legittime ed ordinarie concessioni, egli è chiaro ch'essa non caderebbe sull'acqua esclusivamente necessaria all'uso pubblico, e però sull'acqua veramente di *uso pubblico*, ma caderebbe unicamente sull'acqua di *pertinenza pubblica*, disponibile e commerciabile come ogni altro bene libero demaniale. In tale stato di cose dunque questo tempo immemorabile può far presumere la originaria concessione, perocchè non è verisimile che per tanto tempo il Demanio, che avea interesse ad ostare all'uso palese e pacifico della presa di acqua, avesse tollerato un siffatto immemorabile godimento. Per tale maniera sembranmi conciliati tutti i riguardi di ragione che possono concorrere in questa quistione.

§ 107. Questa conchiusione riguarda un possessore privato, sul quale non può cader dubbio ch'egli abbia acquistata la presa d'acqua *come semplice privato*. Diverso sarebbe il caso d'un'investitura feudale, o di altra simile origine. In queste il titolo generico ed assorbente essendo quello, sia dell'investitura, sia dei privilegii annessi ad una data classe, ne viene la necessaria conseguenza, che cessando il principale, debbono cadere nel nulla anche gli accessorii.

§ 108. I principii dei quali abbiamo fatto uso fin qui sono perfettamente conformi alle dottrine dei giureconsulti, e segnatamente del Pecchio. Questi nel Lib. I. Capo II. forma la quistione, se da un fiume navigabile si possa dedurre acqua ad uso d'un privato. Ecco la sua risposta. « Conclusio nostra est, ex flumine navigabili non posse aquam deduci » sine licentia Principis atque auctoritate (1). Ratio autem est, quia flu» mina navigabilia sunt de regalibus (Cap. unic.), quae sint regalia de » feudis. Per consequens ad solum Principem spectat de illis disponere, » et gratiam privatis concedere. »

« Hinc si in concessione extrahendi aquam e flumine navigabili de» terior fiat navigatio in grave damnum reipublicae, hujusmodi conces» sio non valet, quia de jure habet in se hanc tacitam conditionem: dum» modo ex tali extractione non sequatur grave praejudicium publico (2).

(1) Leg. prima, § *Permittitur autem* Digest. *De aqua quotidiana et aestiva*.

Leg. *Quod Principis* 23. Digest. *De aqua publica arcenda*.

Leg. *Quominus* 2. Digest. *De fluminibus*.

Veggasi Bartolo sulla stessa legge, n.° 3. Ripa, n.° 31. Giasone, n.° 15. Bossio nel titolo *De aquis et fluminibus*, n.° 2. Franc. Marc. *Decisione* 500, n.° 2 e seg., Parte II., e *Decisione* 40. Parte I. Pont. *De potestate pro Regis de abundant. civit.* tit. 2. § 6. n.° 6. Berov. *Consil.* 145. n.° 1. e seg., vol. III.

(2) Leg. *Si quis per divinam* 5. Cod. *De aquaeduct.* Lib. XI.

» Nempe ut intelligatur quatenus aqua non deficiat, et concessio verifi-
» catur tantum de ea quae superest. In illis verbis: *quid his personis*,
» *quibus nostra Serenitas indulsit ex* AQUA SUPERFLUA *debet impartiri*,
» et etiam argumento *legis Praeses provinciae* 6. Cod. *De servitutibus*
» *et aqua.* »

§ 109. In questo passo si vede quale era la disposizione del Diritto romano su questo punto. Con essa si viene ad avvalorare, mediante la positiva autorità, il principio di ragione, il quale ci ha guidati alla soluzione della quistione. Importava poi assaissimo il conoscere anche positivamente la mente di quest'anteriore legislazione, onde togliere ogni controversia sui diritti quesiti o non quesiti da un possessore di una presa d'acqua da un fiume pubblico.

§ 110. Da ciò si vede non esservi varietà alcuna non solamente fra i principii di Diritto pubblico e privato, ma eziandio nelle disposizioni conseguenti regolatrici dei rapporti dei privati possessi verso un'acqua pubblica. In particolare poi è da osservare, che le quistioni che potrebbono oggidì insorgere sul possesso immemorabile intorno ad una presa di acqua da un fiume pubblico, caderebbero appunto in un tempo nel quale ebbe vigore il così detto *Diritto comune*, ossia il Diritto romano associato alle consuetudini feudali, clericali e regie vigenti; e per conseguenza era necessario conoscere quali fossero le massime di quella legislazione per determinare indi le conseguenti quistioni.

CAPO XI.

Principio di Diritto risguardante i fiumi interrottamente navigabili, o i tronchi nei quali essi non sono tali in relazione alla privata proprietà.

§ 111. Nel Repertorio universale e ragionato di giurisprudenza, corretto ed aumentato dal Merlin, viene sotto alla parola *rivière* proposta la seguente quistione: = Una riviera che non è navigabile fuorchè in certi luoghi, appartiene essa allo Stato in tutto il suo corso, o veramente rientra essa, quanto ai tratti nei quali non porta barche, nella classe delle riviere non navigabili? = Questa quistione fu presentata nel XVII. secolo al Parlamento di Parigi. Noi non ci occuperemo nè del fatto nè del diritto col quale fu discussa, ma la riguarderemo soltanto nei rapporti della legislazione influente presso di noi.

§ 112. Per non fare molte parole noi distingueremo la legislazione del cessato Regno d'Italia e la vigente dalla legislazione anteriore a queste due.

Quanto all'italiana ed alla vigente austriaca, pare che si possa a dirittura stabilire che i tratti non navigabili si debbano considerare di privata ragione; e ciò per il gran principio, che il carattere di pubblicità è esclusivamente annesso e dipendente dall'uso pubblico praticabile di detta acqua: il qual uso fu specificatamente ed eminentemente caratterizzato dalla facoltà di essere navigabile, od atto a trasporto. Ma quanto al così detto *Diritto comune*, la soluzione rimarrebbe perplessa; e ciò a motivo, che secondo il Diritto romano si considerava pubblica non solamente una corrente d'acqua navigabile, ma eziandio qualunque corrente, la quale benchè in sè stessa non navigabile, pure col di lei soccorso rendeva navigabile un'altra, come già fu ricordato in una nota al Capo I. di questo Libro. Quando manca un criterio sensibile, limitato e certo, si può spingere la cosa all'infinito; e però lice estendere il concetto fino alle sorgenti stesse dei fiumi, ed alla pioggia medesima che cade dal cielo. Ma il criterio dedotto dalla destinazione e dall'uso è in sè stesso criterio logico, legale e politico, che non soffre controversia. Dunque parlando dello stato dell'antecedente legislazione romana o comune, qui non si potrebbe fare che una quistione meramente ipotetica, nella quale il Diritto allora vigente essendo stato in ogni caso riformato, o almeno reso più chiaro, più preciso, più incontroverso, non ci obbliga più a discussioni inutili.

§ 113. Per lo stesso motivo converrebbe trattare le quistioni giusta le massime feudali e clericali, e quindi immergerci in un caos interminabile di dispute, per buona nostra sorte rese in oggi superflue. Qui soggiungeremo soltanto, che le leggi abolitive producendo il loro immediato effetto dal momento della loro promulgazione, nasce con ciò un diritto quesito, il quale anche per fatto non può esser tolto che da una forza espressa posteriore. Diverso è il caso delle leggi sempre operative colla successione del tempo, e nelle quali si tratta di cose che si debbono fare, e fare in una data, piuttosto che in un'altra maniera. Colle dichiarazioni dei due Codici italiano ed austriaco noi possiamo in oggi fermamente asserire, doversi considerare come di ragione pubblica solamente quei tratti, nei quali i fiumi sono veramente navigabili od atti a trasporto, rimanendo gli altri tratti assoggettati ai rapporti della privata proprietà.

§ 114. Veramente nel Codice austriaco si nominano soltanto i fiumi e le riviere, senza la giunta *navigabili od atti a trasporto*. Ma qui occorrono due considerazioni. La prima si è, che da tutto il complesso della legislazione risulta che il criterio che distingue il pubblico dal privato fu appunto tratto dalla destinazione e dall'uso nella maniera da noi sopra

esposta. Da ciò ne viene, che l'una e l'altra qualità dev' essere sottintesa, perocchè amendue esprimono appunto in fatto l'uso pubblico delle acque correnti. La seconda osservazione poi si è, che in forza dell'art. 5. di detto Codice austriaco (1), e della relativa Patente posta in fronte, i diritti già acquistati in forza di leggi o di atti anteriori rimangono nella loro fermezza (2). Dunque quanto a noi dovrebbesi, come devesi, riguardare di ragione pubblica soltanto quel fiume ch' è navigabile od atto a trasporto, e solamente nei luoghi dove incomincia ad essere tale, o nei quali gli rimane e presenta questa facoltà. Tutti i privati aventi interesse acquistarono il diritto competente di proprietà; o, diciam meglio, questo diritto fu a loro restituito, rivendicandolo dalle mani dei feudatarii o di altre persone privilegiate, le quali contro ragione si arrogarono un diritto a loro incompetente.

SEZIONE II.

Della ragione delle acque, concernente la proprietà, avuto riguardo ai rapporti puramente civili.

CAPO XII.

Delle fonti della ragione civile delle acque.

§ 115. Fino a qui abbiamo ragionato del diritto fondamentale di proprietà sulle acque, in quanto deriva dalla *distinzione* dei beni pubblici e privati. Ma la proprietà non è valutabile se non in quanto se ne possa fare l'applicazione all'uso delle cose, sia per procacciare un utile o un bene, sia per allontanare un danno o un male. Sotto questa vista generale cadono in considerazione le acque sì pubbliche, che private.

116. Quanto alle prime, moltiplici regolamenti, ordinanze e decisioni ministeriali provvidero agli oggetti di pubblica amministrazione, la quale non è compresa in questo Trattato. Rispetto poi alle ragioni private, re-

---

(1) Le leggi non hanno effetto retroattivo, e perciò non hanno influenza sopra atti precedenti, nè sopra diritti anteriormente acquistati.

(2) Siccome però in questo stesso Codice è stato da noi stabilito per regola generale che le leggi non possano avere effetto retroattivo; così pure non dovrà questo Codice avere influenza veruna sopra atti che hanno preceduto il giorno in cui esso ottiene forza obbligatoria, nè tampoco sopra diritti acquistati in virtù di leggi anteriori; sia che tali atti consistano in affari giuridici bilaterali, o sia in dichiarazioni di volontà tali che possano essere ancora cambiate ad arbitrio di chi le ha fatte, e conformate a quanto nel presente Codice viene prescritto.

lative a codeste acque pubbliche, noi ci rimettiamo a ciò che ne fu detto fino a qui.

§ 117. Quanto poi alle *acque private*, conviene raccogliere le nozioni di diritto da varie fonti, e così in prima dal Codice Napoleone, dal Regolamento 20 Aprile 1804, da quello 20 Maggio 1806. Fissato lo stato della ragione privata delle acque, determinato da questa legislazione *intermedia*, esso serve anche di punto di paragone rispetto all'*antecedente* ed alla *susseguente*. L'*antecedente* è compresa dal Diritto comune, in quanto può servire di regola suppletoria vigente prima del Codice Napoleone. Questa regola mantenuta in vigore da lui, fa legge in mancanza di espresse convenzioni, in mancanza di un possesso consacrato da una regolare prescrizione, in mancanza di regolamenti convenzionali fra le parti, e di usi locali. Sia che questo Diritto comune venga considerato per sè stesso, sia che venga modificato dalle disposizioni prevalenti della nuova legislazione, egli è sempre interessante. Questo Diritto comune *anteriore* può essere considerato in due stati. Il primo è quello di *dominante*, ed in questo stato egli fa legge pei diritti quesiti sotto il suo impero. Il secondo stato è quello di *supplente*, e in questo stato fa legge accoppiato colla successiva legislazione italiana. La *susseguente* legislazione finalmente si è quella dominante in oggi, la quale conviene considerare tanto nella sua parte *esplicita*, quanto nell' *implicita*. In quest' ultima sono specialmente compresi tanto i diritti quesiti, espressamente consacrati, come sopra si è veduto; quanto i diritti che emanano dai principii e dalle regole sanzionate sulla proprietà, sui possessi e sulle servitù.

§ 118. Ampio e laborioso lavoro sarebbe il radunare sotto un solo prospetto i risultati che derivano da questo complesso di leggi e di massime, specialmente se si volesse discendere a tutte le modificazioni introdotte dalle varie contestazioni sulle acque private. Per la qual cosa noi ci limiteremo qui soltanto alle vedute capitali interessanti la proprietà privata, e dentro la sfera della sola ragione civile.

CAPO XIII.

Dello scarico naturale delle acque, e dei diritti ed obblighi rispettivi.

§ 119. Lo *scarico*, la *introduzione*, la *condotta*, la *ritenzione*, l'*opposizione*, e le altre funzioni necessariamente correlative, sono le sole funzioni che contemplar si possano rispetto ad un'acqua sia pubblica

che privata. Tutte le operazioni subalterne si riferiscono a queste. Esse sono le sole, alle quali ridur si possono le quistioni di proprietà.

§ 120. Limitandoci ora ai rapporti di Diritto civile, noi esporremo in primo luogo la parte dispositiva della legislazione; indi passeremo alle quistioni di Diritto, le quali involgendo per lo più rapporti complessi, e discostandosi dal caso del legislatore, esigono il concorso di molte nozioni.

§ 121. Incominciando dalle dette disposizioni, troviamo in primo luogo che il Codice Napoleone dispone quanto segue:

« I fondi inferiori sono soggetti, riguardo a quelli che si trovano più » elevati, a ricevere le acque che da essi scolano naturalmente, senza che » vi sia concorsa l'opera dell'uomo. »

« Il proprietario inferiore non può alzare alcun riparo che impedi- » sca questo scolo. »

« Il proprietario superiore non può fare alcuna cosa che renda più » grave la servitù pel fondo inferiore. » Codice Napoleone, art. 640.

§ 122. Più cose conviene considerare in questo articolo.

1.° Di quali acque si parla qui? 2.° Qual è l'oggetto della disposizione di Diritto? — Quanto alla prima quistione, si risponde che la legge parla di qualunque acqua che scola naturalmente da un fondo superiore.

§ 123. Risulta dunque primieramente, che qualunque specie di acqua che cada dal cielo, o che sorga o scorra nella terra, qui è compresa dal legislatore. Ma siccome per principio generale il Codice professa di non istatuire che sulla ragione civile delle acque, perciò ne segue che la disposizione si riferisce a tutte quelle acque che non sono dichiarate di pubblica ragione (1).

§ 124. Oltre a ciò la legge limitandosi espressamente alle acque che scolano *naturalmente*, senza che vi sia concorsa l'opera dell'uomo, è necessario di restringere l'applicazione dell'articolo al deflusso naturale e non artificiale delle acque.

§ 125. Per la qual cosa rispondendo categoricamente al primo quesito, dir si dovrà che il citato articolo 640 si riferisce ad ogni specie di acque cadenti dal cielo o sorgenti dalla terra, le quali non siano di pubblica ragione, e che naturalmente defluiscono da un fondo superiore senza il concorso dell'opera dell'uomo (2).

---

(1) È superfluo di avvertire che qui non si parla delle acque che dal cielo cadono sui tetti delle case. Per esse hanno luogo le disposizioni particolari. Vedi Codice Napoleone, art. 681. Leg. 8. § 1. Digest. *Si servitus vindicetur*.

(2) Ved. Merlin *Repertoire*. *Eaux pluviales*.



§ 126. Col secondo quesito fu domandato quale sia l'*oggetto* di Diritto, sul quale la legge statuì. A questa domanda tosto si risponde, che l'*oggetto* preciso si è, rapporto al proprietario del fondo superiore, il diritto di *scaricare* le acque naturalmente decorrenti nel proprio fondo sul fondo inferiore.

§ 127. Quanto poi al proprietario inferiore, si è la doppia obbligazione tanto di *ricevere*, quanto di *non opporsi* al deflusso delle acque naturalmente decorrenti dal fondo superiore. Quindi gli oggetti correlativi dello *scarico* e dell'*introduzione* nel fondo altrui, e il diritto di *non opposizione* nel proprietario del fondo superiore, e l'obbligo correlativo di *ricevere* e di *non opporsi* del proprietario del fondo inferiore, sono precisamente gli oggetti ordinati dal legislatore.

§ 128. Mi si domanderà che cosa disponga il Diritto romano intorno a questo punto. La risposta viene fatta dalle seguenti parole: *Semper enim hanc esse servitutem inferiorum praediorum, ut natura profluentem aquam excipiant.* Queste parole di Ulpiano sono tratte dalla legge 1. § 22 del Dig. *De aqua et aquae pluviae arcendae.* Chi amasse conoscere più largamente l'applicazione di questo principio deve scorrere tutta questa prima legge e le due seguenti.

§ 129. Un'altra domanda fare si può sulla *moderazione* fatta dal Diritto romano di questa regola. A ciò si risponde, che il deflusso dell'acqua qui è ristretto a quello solo che è fatto dalla *natura*, e però egli si considera una servitù indotta per fatto della natura stessa. Ora siccome vige il principio generale, che una servitù *non deve mai essere aggravata* per parte dell'uomo, così pure ne segue che il deflusso naturale dell'acqua non può essere alterato da verun fatto del padrone del fondo dominante in danno del padrone del fondo inferiore. Ciò viene espressamente dichiarato nei luoghi ora citati.

CAPO XIV.

Intorno alle sorgenti.

§ 130. Dopo queste considerazioni generali il legislatore passa a statuire in particolare sulle *sorgenti* di acque. Egli incomincia ad ordinare quanto segue: « Quegli che ha una sorgente nel suo fondo, può usarne » ad arbitrio, salvo il diritto che potesse avere acquistato il proprietario » del fondo inferiore in forza di un titolo o della prescrizione » (art. 641).

§ 131. Due parti, come ognun vede, ha questo articolo. La prima riguarda il *libero uso* di un'acqua sorgente nel proprio fondo; la seconda

contiene una limitazione alla libertà del proprietario ad usare dell'acqua medesima in forza di un diritto *acquistato* dal padrone del fondo inferiore.

§ 132. Quanto alla prima parte, si può domandare se la sorgente contemplata dalle leggi sia naturale o artificiale, oppure se s'intenda parlare sì dell'una che dell'altra. Sotto il nome di *sorgente naturale* si contempla quella che da sè stessa, e senza il concorso dell'opera dell'uomo, somministra un'acqua ad un dato fondo. Sotto il nome di *sorgente artificiale* s'intende quella che è procurata mediante l'escavazione.

§ 133. Passando quindi alla risposta, dir si può che la legge abbraccia sì l'una che l'altra, posto che essa non le distingue, nè induce limitazione alcuna.

§ 134. Anche secondo il Diritto romano il padrone di un fondo, nel quale sorge un'acqua, può usarne ad arbitrio non solamente per irrigazione, ma eziandio per animare opificii, o per altri oggetti di propria utilità. La condizione perpetua, che deve essere rispettata, consiste nel non aggravare la servitù dei fondi inferiori, facendo che l'acqua nel sortire divenga rovinosa. Ciò s'intende nel supposto che non sia stata indotta per fatto dell'uomo una positiva servitù. Veggansi le seguenti leggi. Leg. 1. § 11., leg. 8., leg. 9., leg. 10., leg. 11., leg. 21., leg. 26. Digesto, tit. *De aqua et aquae pluviae arcendae;* leg. 4. Digesto, tit. *De aqua quotidiana et aestiva;* leg. 10. Digesto, tit. *Si servitus vindicetur* (1).

§ 135. Quanto alla facoltà di scavare fontanili, noi abbiamo anche il Regolamento 20 Maggio 1806 per le irrigazioni ad uso di acque per opificii. Ivi all'art. 12. si statuisce quanto segue. « È permesso a ciascuno » di scavare sorgenti nel proprio fondo e condurle pel medesimo scavo, » salvo il disposto dalla legge 20 Aprile 1804, art. 55., e salve le ragio- » ni che possono competere al terzo. »

La prima limitazione qui apposta dal legislatore riguarda la incolumità dei fiumi o canali pubblici, e dei loro ripari; e ciò forma oggetto di pubblica amministrazione (2). La seconda limitazione riguarda ogni sorta di ragioni che può competere al terzo, e quindi lascia intatte le disposizioni di legge, di convenzione o di possesso competenti al terzo in via civile (3).

(1) È da avvertirsi che riguardo allo scarico di un'acqua derivante da una sorgente artificiale sui fondi altrui deve variare il diritto, come si vedrà più sotto.

(2) « È vietato l'escavare ed aprire sorgen- » ti o teste di fontanili, condotti, cavi; come » pure l'approfondare od ampliare le escava- » zioni o sorgenti attualmente esistenti in vi- » cinanza ai fiumi o canali, entro la distanza » della quale, a giudizio dei periti, possono » nuocere ai fiumi o canali, o ai loro ripari. »

(3) Legge 20 Aprile 1804, art. 55.

CAPO XV.

Delle correnti naturali.

§ 136. Dalle *sorgenti* si passa alle *correnti* delle acque. Prima di considerare le disposizioni legislative conviene rilevare le posizioni naturali di fatto delle cose. Due circostanze si possono distinguere in una corrente di acqua. La prima si è la di lei *qualità civile;* la seconda la *posizione del fondo* rispetto alla stessa corrente. Quanto alla prima, la corrente si è o pubblica o privata; e rapporto a quest'ultima, essa è defluente o naturalmente, o artificialmente. In senso poi subordinato essa è di proprietà comune a molti privati, o di proprietà esclusiva di un solo. Quanto ai fondi, essi sono o attigui o rimoti dalla corrente medesima. In pratica queste circostanze variamente si combinano, ed il legislatore può contemplarle o separate o riunite.

§ 137. Ciò premesso, veggiamo quali casi siano stati contemplati dal Codice Napoleone e dal romano. « Il proprietario della corrente (dice il » primo all'art. 643) non può *deviarne il corso*, quando la medesima » somministri agli abitanti d'una Comune, villaggio o borgata l'acqua » che è loro *necessaria;* ma se gli abitanti non ne hanno acquistato o » prescritto l'uso, il proprietario può pretendere una indennizzazione, la » quale viene determinata dai periti. »

§ 138. In questa disposizione ognun vede che viene in parte derogato all'assoluta latitudine del diritto di privata proprietà in vista della comune necessità d'un Comune, d'un villaggio, o di una borgata. Qui si fa valere il principio della comune *necessità* per obbligare il proprietario a lasciar decorrere un'acqua sorgente dal proprio fondo a comune vantaggio.

§ 139. Il legislatore qui ha contemplato due casi. Il primo, che il Comune o villaggio o borgata abbia acquistata la servitù in via di prescrizione; il secondo, ch'esso non possa far valere questo titolo. Nel primo caso non usciamo più dalle regole dell'ordinario Diritto civile privato; nel secondo si esce dalla sfera ordinaria per far valere il principio della *pubblica necessità*, salva l'indennizzazione del padrone dell'acqua. Qui si verifica il caso d'una servitù indotta per fatto della legge, e quindi convalidata con contratto fra il padrone dell'acqua ed il dato Comune.

§ 140. Ciò importa un diritto quesito reale, ossia un jus di servitù acquistato in forza di legge. Due gravi questioni possono insorgere. La prima si è, con qual titolo si possa far valere a pro d'un Comune il

principio della *pubblica necessità*, nel mentre che un Comune non forma veramente un pubblico intero; la seconda, se in oggi il diritto acquistato dalle Comunità in forza del citato articolo si possa considerare perduto colla cessazione del Codice Napoleone. Questo non è il luogo conveniente per agitare simili questioni: basti averle accennate, per tenerne conto a suo luogo.

§ 141. Se taluno domandasse che cosa su di ciò disponga il Diritto romano, ecco la mia risposta. Furono citati alcuni passi, dai quali pare sanzionato il principio della *necessità* anche nei rapporti *privati;* ma non ne fu prodotto alcuno che parli del caso contemplato dal Codice Napoleone. Nel discutere le due questioni proposte ci occorrerà di esaminare le dette leggi romane, e di far sentire il temperamento che l'associazione civile apporta alla proprietà reale privata. Proseguiamo.

§ 142. « Quegli, lungo il cui fondo *scorre* un'acqua corrente, tranne » quella che è dichiarata di ragione del pubblico Demanio coll'art. 538, » al titolo *Della distinzione dei beni*, può, mentre trascorre, servirse- » ne per l'irrigazione de' suoi fondi. »

« Quegli, il cui fondo viene *attraversato* da quest'acqua, può anche » servirsene nell'intervallo in cui essa vi trascorre, ma coll'obbligo di » restituirla al suo corso ordinario nell'uscire da' suoi terreni » (Cod. Napoleone, art. 644).

§ 143. Si domanda ora quale sia la supposizione ossia il fatto figurato dal legislatore in questo articolo. Incontanente si rileva che la corrente di acqua da lui figurata non è di proprietà esclusiva, ma *comune*, e che il deflusso dell'acqua non è artificiale, ma naturale.

§ 144. Posto così lo stato reale delle cose, il legislatore contempla tre ipotesi; cioè: 1.° quella di un'acqua che *sorge* e *scorre* in un dato fondo; 2.° quella in cui un'acqua semplicemente lo *attraversa;* 3.° quella in cui solamente lo *bordeggia.* — Quanto al primo caso, stabilisce che il proprietario possa per regola ordinaria usarne a suo beneplacito, senza aver riguardo ai fondi inferiori (art. 641), tranne il caso del bisogno d'un Comune che si approfittava dell'acqua defluente (art. 643).

§ 145. Le eccezioni a questa regola generale di diritto non nascono che dal fatto volontario dell'uomo, dedotto dal suo espresso o tacito consenso, risultante dalle convenzioni o dalla pazienza e rispettivo possesso altrui, consacrato dal corso legale del tempo, denominato *prescrizione.*

§ 146. Rispetto al secondo caso, stabilisce che il proprietario del fondo *attraversato* da quest'acqua possa servirsene nell'intervallo in cui essa vi trascorre, ma coll'obbligo di restituirla al suo corso ordinario

nell'uscire da' suoi terreni. Qui dunque è bensì accordato l'uso, ma è vietata la deviazione delle acque dal loro *corso ordinario.* La restituzione pertanto delle acque al sortire da un dato fondo da esse attraversato è resa obbligatoria per il proprietario del fondo medesimo; ed a questa regola ordinaria di legge non può essere derogato a pregiudizio di altri fondi se non in forza delle ragioni che militano nel primo caso sovra esposto: vale a dire, se non in forza di espresse convenzioni o del tacito assenso legalmente comprovato di ogni altra persona avente interesse.

§ 147. Viene finalmente il caso del proprietario di un fondo semplicemente *bordeggiato* da una corrente che non sia di pubblica ragione. La disposizione della legge è sostanzialmente la medesima di quella del fondo *attraversato*, salva la differenza di cui si parlerà più sotto. E sebbene in questa parte la legge espressamente non indichi l'obbligazione di restituire l'acqua sopravanzata nel canale che fronteggia il fondo, ciò non ostante la ragione essendo la medesima, deve aver luogo la stessa disposizione; avvegnachè la legge avendo contemplato l'uso necessario dell'acqua, e nominato principalmente l'irrigazione, ne segue che essendo soddisfatto a quest'uso, il di più si deve restituire al suo corso naturale, come voluto principalmente dalla legge che limitò il beneficio del fondo fronteggiante ad usi necessarii.

§ 148. Qui taluno potrebbe pretendere che l'uso dell'acqua sia stato *limitato* all'irrigazione, perocchè la legge non parla *espressamente* che di questa. Ma io non potrei aderire a questa sentenza sì per la forza del principio, che per l'articolo che sussegue. Primo per la forza del principio, perocchè esso è quello della necessità e della utilità, le quali non possono, specialmente in una società inoltrata nell'industria e nella popolazione, essere angustiate alle sole risorse dell'agricoltura, ma richiedono per necessità assoluta di trar sussidio anche dall'industria. Ora questa abbisogna in mille modi di giovarsi dell'acqua. Dico in secondo luogo che la obbiettata restrizione viene respinta anche dall'articolo successivo. Eccone i termini: « Insorgendo qualche controversia fra i proprietarii, cui tali » acque possono *essere utili*, i Tribunali, decidendo, devono conciliare » l'interesse dell'agricoltura coi *riguardi dovuti alla proprietà;* ed in » tutti i casi devono essere osservati i regolamenti particolari e locali sul » corso ed uso delle acque » (art. 645).

§ 149. Che cosa veggiamo qui? Noi veggiamo bensì che il legislatore considera l'interesse dell'agricoltura come PREVALENTE, ma non come *esclusivo.* Qui diffatti in primo luogo chiama a confronto i diritti di *proprietà nell' uso dell' acqua* cogli interessi dell'agricoltura. Ciò involge

essenzialmente il concetto di *altri usi interessanti*, diversi da quelli dell'agricoltura. Se dunque li vuole *conciliati* con questo, egli è manifesto che non li esclude, ma li include.

§ 150. In secondo luogo poi, dopo aver disposto per l'oggetto più vistoso e consueto, finisce col rimettersi ai regolamenti particolari e locali. Con ciò pone il suggello alla dichiarazione della sua mente; e nell'atto stesso dà a divedere essere ben lontano da quella zotica manía, la quale confondendo l'unità coll'uniformità, pretende di sottoporre violentemente la natura ed i varii interessi ad una gretta volontà.

§ 151. Il Diritto romano non accenna fuorchè disposizioni che si *avvicinano*. « Ex flumine aquam ducere possunt; ita tamen ut vicinis non » noceant: vel si angustus communis sit, etiam ei qui in alia ripa est » (dice la legge 3. Dig. *De aqua quotidiana et aestiva*). Nella ottava poi soggiunge: « Cui per fundum iter aquae debetur, quacunque vult, in » eo rivum licet faciat, dum ne aquaeductum interverteret. »

CAPO XVI.

Della ragione civile delle acque risultante dai regolamenti.

§ 152. Il Codice Napoleone, al proposito delle servitù, non contempla che questi casi, senza far parola della *condotta* di un'acqua sui fondi altrui per solo conto di un proprietario. Ma su questo proposito egli si rimette ai regolamenti, i quali vengono sanzionati quali complementi della civile legislazione, come ora fu veduto. Fra molti vigenti presso di noi il primo si è quello del 20 Maggio 1806, relativo alle irrigazioni ad uso di acque per opificii.

§ 153. Qui la legge considera altre ipotesi non contemplate dal Codice Napoleone, e specialmente la materia della *condotta delle acque* (*aquaeductus*) anche per un fondo *rimoto* dalla corrente o dalla sorgente; locchè fu ommesso dal Codice Napoleone, il quale non contemplò che la *presa di acqua*, e l'uso immediato della medesima per un fondo contiguo e attraversato. Questa legge, posteriore all'attivazione del detto Codice, dispone all'art. 15. quanto segue: « Per la *condotta* d'ac- » que sui fondi altrui provvede la legge 20 Aprile 1804. » Conviene dunque consultare la detta legge, per dedurne le regole di ragione civile al nostro proposito. Ecco pertanto ciò che statuisce:

« Chiunque intenda *derivare* acque private o pubbliche legittima- » mente possedute per oggetti di agricoltura, o per attivazione di mac- » chine ed opificii idraulici, può *condurle* pel fondo altrui, pagando il

» valore del terreno occupato dall'acquedotto, sponde, edificii ec., come » ad indennizzare il possessore di qualunque danno può derivarne al fon» do stesso » (art. 52).

« Tali acquedotti debbono condursi per quella parte del fondo, per » cui a giudizio dei periti si rechi il minore pregiudizio possibile al pro» prietario o possessore, salva sempre la comoda derivazione delle acque » (art. 53).

« I terreni inferiori non possono ricusare di dar esito alle acque su» periori. Oltre il disposto dagli articoli precedenti, spetta ai superiori la » spesa dell'escavazione dello scolo da farsi, e la difesa de' fondi pei quali » passa, come pure il rifacimento di qualunque danno che in ogni tem» po può derivare ai fondi stessi. Il presente articolo non toglie l'effetto » della convenzione, dei possessi e delle servitù legittimamente acqui» state » (art. 54).

§ 154. Nel testo fin qui allegato il legislatore stabilisce i principii fondamentali sulla materia dell'acquedotto, tanto per gli oggetti di agricoltura e di soccorso all'industria, quanto ad oggetto di scaricare, mediante canali artificiali, le acque dai fondi superiori. I due primi articoli riguardano appunto l'agricoltura e l'industria; l'ultimo riguarda gli scoli del terreno.

CAPO XVII.

Della condotta delle acque per l'agricoltura e l'industria.

§ 155. Due oggetti contempla l'art. 52. sopra citato. Il primo si è la *derivazione* delle acque; il secondo si è la *condotta* delle medesime. Quanto al primo, esso non istatuisce nulla in particolare, ma ne lascia la ragione sotto l'impero dei principii che ne dirigono la materia mediante la clausola di *legittimamente possedute*. E però parlando di acque sì pubbliche che private, lascia luogo ad applicare tutte le disposizioni regolamentari di pubblica amministrazione e di ragione civile sulle estrazioni di acqua sì pubblica che privata (1).

§ 156. Quanto poi alla *condotta* delle acque, la legge suddetta stabilisce i principii fondamentali della servitù sì attiva che passiva dell'acquedotto. Fissando l'attenzione su questo particolare, si rileva tantosto

(1) Quanto alle acque pubbliche provvede il Regolamento 20 Maggio 1806 *sulle irrigazioni di acque per opificii*, tit. 1.; la Ordinanza 9 Settembre 1801 per le tasse delle concessioni da pagarsi al Demanio. Un Decreto speciale di concessione gratuita dell'acqua dell'Adige emanò nel giorno 25 Luglio dell'anno 1806.

che qui si tratta d'una corrente di acqua guidata per canali artificiali ad oggetto di farla giungere ad un proprio fondo mediante il deflusso per fondi intermedii di altrui ragione: la posizione quindi ipotetica, contemplata qui dal legislatore, è sostanzialmente diversa dalla posizione considerata dal Codice Napoleone. Ivi diffatti non può aver luogo servitù veruna di acquedotti; perocchè la posizione dei fondi, de' quali fa parola rispetto alle acque, non è *distante* dalle medesime, stantechè ivi si figura o un'acqua nascente nel fondo stesso, o un'acqua che lo attraversa o lo bordeggia. Il *corso* che il proprietario può dare in seguito alla corrente entro i proprii fondi non può mai qualificarsi come *servitù* o attiva o passiva di acquedotto; imperocchè la nozione di *servitù* importa essenzialmente la supposizione di un fondo *dominante* e di un fondo *servente* appartenenti a diversi proprietarii. Il corso quindi d'un'acqua entro il proprio fondo si risolve propriamente nell'*uso* della medesima; e per conseguenza dire non si potrà mai che il Codice Napoleone statuisca sulla servitù dell'acquedotto, ma solamente sulla *derivazione* e sull'*uso* immediato delle acque. Per una necessaria correlazione inoltre dir si dovrà ch'esso contempla la posizione di un fondo attiguo o contenente l'acqua medesima, come risulta dalla immediata lettura delle recate disposizioni. E finalmente dir pure si dovrà che la corrente sia di comune proprietà dei padroni dei fondi, ne' quali nascono o pei quali scorrono le acque; avvegnachè se la corrente fosse di ragione esclusiva di un proprietario inferiore, sarebbe assurdo che il legislatore avesse per disposizione generale accordata la facoltà di usare delle acque medesime nell'atto che scorrono o attraversano i fondi intermedii.

§ 157. Per la qual cosa si conferma la osservazione fatta di sopra, che il Codice Napoleone, sotto la denominazione generale di *acque che scorrono per un dato fondo* non ha inteso di comprendere quelle acque che per diritto essendo derivate superiormente, ed attraversando o bordeggiando fondi intermedii, riescono di proprietà d'un padrone inferiore, che acquistò la ragione dell'acqua medesima e la servitù attiva dell'acquedotto.

Tutto ciò si deve intendere, come ognun vede, in via di regola generale di diritto, non avuto riguardo a titoli speciali in contrario; perciocchè essi fanno sempre eccezione in questo ed in ogni altro proposito, e sempre si sottintendono.

§ 158. Passando ora ad esaminare la disposizione intrinseca del surriferito testo intorno all'acquedotto, noi rileviamo in primo luogo essere dalla legge autorizzata la derivazione e la condotta di acque *per oggetti*

di agricoltura. Sotto questa denominazione generale ognun vede comprendersi non tanto le *irrigazioni*, quanto anche le *bonificazioni* dei terreni, l'*allagamento* dei medesimi per la coltivazione del riso, ed ogni altro oggetto di agricoltura.

§ 159. Prosegue la legge: *o per attivazione di macchine ed opificii idraulici.* Qui si può domandare se la disposizione della legge sia tassativa, ovvero semplicemente dimostrativa; e però se qui la legge voglia limitarsi all'attivazione di macchine ed opificii, ovvero intenda di esprimere qualunque altro soccorso alle arti, derivante dall'uso delle acque, come p. e. all'arte tintoria, alla concia delle pelli, e ad altra funzione nella quale non interviene congegno alcuno idraulico. A questa domanda pare che risponder si debba: essere manifesta l'intenzione della legge di favorire le arti utili, al pari dell'agricoltura; perocchè l'interesse del Governo essendo il medesimo per le opere che si eseguiscono mediante i congegni idraulici, e per quelle che si possono utilmente eseguire colle acque in un modo diverso, ne segue che la locuzione della legge si deve assumere come indicazione di qualunque soccorso alle arti utili, prestato coll'uso delle acque.

CAPO XVIII.

Dello scarico e degli scoli artificiali delle acque.

§ 160. Seguono le disposizioni relative allo *scarico* ed agli *scoli* dei terreni, contenute nel riportato art. 54 della legge 20 Aprile 1804. Ivi si contempla, come ognun vede, uno scolo artificiale, poichè si accenna l'*escavazione dello scolo da farsi.* Da ciò è manifesto che la legge contempla qui un deflusso di acqua diverso da quello contemplato dal Codice Napoleone, perocchè ivi non si fa parola che del deflusso *naturale*, che si effettua senza verun concorso della mano dell'uomo. Risulta dunque che la citata legge supplisce ad una parte sulla quale il Codice Napoleone si tacque.

§ 161. Ritenuto questo subbietto, conviene osservare che la legge disponendo che *i terreni inferiori non possono ricusare di dare esito alle acque superiori*, ne segue che in ogni caso di un deflusso di acque, sia naturale, sia artificiale, viene dalle leggi stabilita la servitù dello scarico delle acque dal fondo superiore al fondo inferiore, e quindi il diritto rapporto a quello di trasmettere, e l'obbligo rapporto a questo di ricevere le acque defluenti.

§ 162. La sola differenza fra l'un caso e l'altro si è, che nel primo il padrone del fondo superiore non è tenuto a veruna opera o spesa, atteso

il deflusso delle acque stabilito dalla sola natura; dovechè nel secondo, producendosi dal proprietario superiore un aggravio sopra il fondo inferiore non costituito dalla natura, esso è tenuto sì a costruire a sue spese il canale dello scolo, sì ad eseguir l'opera col minor danno possibile del fondo inferiore, e sì finalmente a risarcire il proprietario per questo danno inferito.

§ 163. Queste condizioni essendo state apposte dalla stessa legge anche per la *condotta delle acque*, ne risulta che la servitù dello scarico e della introduzione artificiale di una corrente nel fondo altrui viene stabilita dalla legge compatibilmente all'indennità dei fondi inferiori quanto allo scolo, e dei fondi superiori o intermedii quanto all'acquedotto.

CAPO XIX.

Della opposizione all'azione delle acque.

§ 164. Premesse queste considerazioni di ragione totalmente positiva, ne sorgono i rapporti spettanti alla *opposizione* che un proprietario può fare all'azione delle acque per la difesa del suo terreno. In generale s'intende che la tutela della proprietà formando parte del dominio reale, ed altro non essendo che un modo di esistere dello stesso diritto di dominio, compete al proprietario la difesa del proprio terreno contro l'azione nociva delle acque, e specialmente contro le corrosioni ed inondazioni. Le eccezioni pertanto fatte dalla legge nello stabilire la sopra accennata servitù dello scarico e dell'acquedotto, si dovranno sempre intendere ristrette al caso nel quale non abbiano luogo le corrosioni ed inondazioni, contro le quali si vuole sempre aperto il diritto di difesa dei terreni esposti a tale pericolo; e però l'obbligo di non opposizione rispetto ai fondi soggetti a servitù, e il diritto dello scarico e dell'introduzione, ossia il diritto di non opposizione per parte di un fondo dominante, limitare si dovrà entro i confini dell'*incolpata tutela*, dirò così, del fondo altrui dalle suddette corrosioni ed inondazioni. Si abuserebbe quindi della legge statuente le servitù suddette, se si volesse far servire al danno rilevante e lesivo della tutela della proprietà al segno di sottoporla ad un vero infortunio, contro il quale il Governo ha stabilito le più efficaci e diligenti provvidenze, e raccomandata la più scrupolosa vigilanza e la più energica attività.

Rimane quindi ad ogni proprietario intatto il diritto di difesa del proprio terreno contro l'azione nociva delle acque, quando degenerar si possa in un danno della specie sopraddetta. Così è compiuto il quadro

di tutte le funzioni principali e fondamentali che contemplar si possono in questa materia.

Tutto ciò si dice qui sommariamente per presentare nel suo aspetto unito e lucido il principio della difesa contro l'azione nociva delle acque. Colle quistioni pratiche mostreremo varie applicazioni sanzionate di lui, e specialmente nei casi di necessità.

SEZIONE III.

Vedute capitali per istabilire la ragione delle acque per ciò che riguarda la proprietà nel silenzio di una legislazione positiva.

CAPO XX.

Oggetti di questa Sezione.

§ 165. Colle cose discorse fin qui altro non abbiamo fatto che esaminare le disposizioni isolate delle due scadute legislazioni. Manca ancora una veduta eminente, onde assicurarci se sia stato o no provveduto almeno agli oggetti capitali di tutta la ragione delle acque correnti, *avuto riguardo ai diritti di proprietà* dei cittadini. Dovendo talvolta supplire colla ragione naturale, noi siamo costretti ad assicurarci della *sufficienza* delle nostre dottrine.

§ 166. Figuratevi che un legislatore volesse dichiarare i principali diritti competenti ai cittadini sulle acque correnti, avuto riguardo ai diritti di proprietà: che cosa far dovrebbe?

1.° Discernere quali servigi si possono d'ordinario ritrarre dalle acque correnti, e quali incomodi o danni allontanare.

2.° Conosciuti e distinti questi servigi e questi oltraggi, dovrebbe pensare che ogni cittadino potrebbe contro altri abusare del suo potere tanto pel godimento, quanto nella difesa delle acque suddette.

3.° In conseguenza di ciò rilevar dovrebbe le funzioni che si possono far eseguire alle acque correnti, e quali di queste riuscir possono giuste o ingiuste nella sociale convivenza.

4.° Esaminate e rilevate tutte queste cose, passar dovrebbe a determinare le regole di ragione da osservarsi in mira allo scopo di pareggiare fra i privati l'utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà.

Accennare per sommi capi tutti questi oggetti, ecco l'argomento di questa Sezione. L'argomento dell'acquedotto non può essere che conseguente e particolare. Prima della ragione connaturale delle acque esiste una ragione temperante il godimento delle medesime, e la tutela dei nostri beni contro le loro ingiurie.

CAPO XXI.

Servigi e ripari risguardanti le acque correnti.

§ 167. I servigi e i ripari, dei quali parliamo qui, sono quelli che più universalmente vengono in uso nelle società agricole e commerciali, e sogliono formare oggetto di contrattazioni e di liti. Incominciando dai servigi, si possono distinguere i principali seguenti:

1°. *Pescagione;* 2.° l'*abbeverare*, ed altri usi domestici; 3.° *bonificazione dei terreni;* 4.° *irrigazione;* 5.° *soccorsi all'industria ed alle arti;* 6.° *navigazione e trasporti.*

Tutto ciò appartiene ai servigi più usitati delle acque, ed esprime gli oggetti consueti delle leggi e dei regolamenti. Quanto alla *tutela*, essa riguarda le corrosioni dei terreni e le inondazioni, come troppo è noto.

Altri vantaggi subalterni nascono dalle acque; come, per esempio, i diritti di Finanza o regali sulle acque pubbliche, le prestazioni pecuniarie per concessioni pubbliche o private, ed altri simili. Ma questi non derivando dalla natura reale e propria delle acque, non si possono propriamente collocare nella classe dei *servigi* delle medesime.

CAPO XXII.

Considerazioni fondamentali sul sistema dei mezzi in materia di acque.

§ 168. Posto un dato fine od intento, ricercare si deve quale sia il sistema dei *mezzi* onde ottenerlo. Postochè questo fine nel caso nostro consiste nel servigio delle acque, e nella difesa contro l'azione loro nociva, ed ottenere si deve da uomini riuniti in una civile società nei modi voluti dal diritto e dalla comune utilità; ne segue che il sistema dei mezzi non è per nulla *arbitrario*, ma viene necessariamente determinato dai rapporti reali ed irreformabili delle cose, degli uomini e del Governo.

Ritenuto questo principio, siamo necessariamente condotti a consultare la *natura* delle cose, degli uomini e del Governo, onde coordinare le azioni così, che ne segua la esecuzione del proposto intento.

§ 169. Prima dunque di conoscere tutto il sistema delle leggi e dei regolamenti in materia di acque, e prima di discendere ad una specificazione delle operazioni richieste dalla natura delle cose e degli uomini, subordinate al fine proposto, noi dobbiamo rilevare i rapporti *radicali* che possono *dirigere* e determinare qualunque operazione interessante il diritto e la utilità; essendo nostra intenzione di dimostrare la *sufficienza* della italiana legislazione. Ommessa pertanto qualunque enumerazione delle Opere relative alle acque, e delle discipline governative risguardanti lo stabilimento e il movimento tanto delle persone di ufficio, quanto della comune dei cittadini, è prezzo dell'opera il riassumere e sottoporre ad esame le condizioni fondamentali che determinano le operazioni reali e personali suddette.

§ 170. Quanto alle prime, trovando noi essere le medesime risultanti dai rapporti reali e necessarii delle cose, e tali rapporti essendo fondati sulla natura e sullo stato delle cose medesime, e particolarmente sulle funzioni reali che possono subire, noi siamo costretti ad arrestarci in primo luogo sulle *funzioni* suddette, come quelle che in pratica determinano più specialmente i lavori e le disposizioni relative di diritto e di utilità, che formano l'immediato subbietto della legislazione. E qui appunto giova osservare, che d'ordinario nelle leggi piuttosto si suppone, di quello che si esprima il fine proposto. Esse principalmente si occupano nell'*ordinare* o *vietare* quelle azioni che servono o si oppongono al loro intento. E siccome *varii* sono i punti di distanza che un sistema di mezzi può presentare rispetto al fine (che forma, dirò così, il centro di tutto il sistema), così la legge non suole scegliere nè un punto troppo elevato ed assai distante dalla pratica, nè troppo vicino, minuto e concreto, nel quale molte operazioni non vengono presentate sotto le rispettive classi. Nel caso nostro vano sforzo sarebbe stato per il legislatore lo specificare ed ordinare le operazioni reali che abbisognar possono intorno alle acque, e che formano propriamente l'occupazione degli ingegneri, e delle amministrazioni o pubbliche o private. La natura si può dire infinita nel presentare i varii casi che esigono opere diverse. Ma nello stesso tempo improvido sarebbe stato il contegno del legislatore, se si fosse attenuto ad una enunciativa soverchiamente generale, colla quale non si avesse potuto dirigere le funzioni più importanti in materia di acque. Una *via di mezzo* pertanto scegliere si dovea; e questa appunto si era quella di determinare, dietro la natura delle cose, le *funzioni* suddette, e di *statuire* avuto riguardo ai rapporti di diritto e di pubblica amministrazione.

Determinato così il vero punto di vista della legislazione, ci rimane soltanto ad indagare se tali funzioni siano state completamente accennate, e se sopra di tutto sia stato sufficientemente provveduto.

CAPO XXIII.

Dello stato e delle funzioni materiali di fatto delle acque rispetto ai terreni.

§ 171. Pria di figurare qualunque umana istituzione sulle acque, e considerando questa materia nel suo stato reale e naturale, noi rileviamo che tutte le *funzioni* delle acque (astrazione fatta dall'uso a cui possono servire) si riducono alle cinque seguenti, sotto le quali si comprendono quelle che sono necessariamente *correlative;* cioè: 1.° lo *scarico;* 2.° la *introduzione;* 3.° la *condotta;* 4.° la *ritenzione* o totale o parziale; 5.° l'*opposizione* al corso o all'azione delle acque.

§ 172. Qui si può domandare se le funzioni tutte di un'acqua, prodotte dalla natura o dall'arte, siano o no comprese nelle sovra annoverate. A questa domanda è facil cosa il rispondere, facendo attenzione allo *stato materiale* nel quale possono esistere le acque. Ognuno avverte incontanente che un'acqua od occupa un dato fondo, o no. Di più, il fondo vacante o è *aderente* o è *rimoto* dalle medesime, o è *superiore* o è *inferiore.* A queste sole posizioni si riduce lo stato primitivo ed ogni relazione dei terreni riguardo alle acque. Ciò posto, la introduzione, la condotta, la opposizione si riferiscono ad un fondo, in cui l'acqua o stagnante o corrente non si trova situata; lo scarico e l'uso appartengono ad un luogo occupato dalla stessa. Ben è vero che tali fondi possono essere prima sgombri da acque. Ma posta la ipotesi di doverli scaricare dalle acque, o di dover usare delle medesime su di loro, con ciò stesso si suppone la esistenza delle acque sopra di essi. Queste funzioni si possono verificare in senso *diviso* ed in senso *riunito.* In pratica però sogliono per lo più esistere in un senso riunito.

§ 173. Incominciando dallo *scarico* delle acque, pare veramente che verificar non si possa mai in senso diviso, perchè essenzialmente involge il concetto dello sgombramento di un terreno superiore mediante il deflusso delle acque su di un fondo, o di un'acqua inferiore, e però per lo meno suppone l'*introduzione* nel fondo o nell'acqua inferiore. Ma sebbene ciò sia vero in senso fisico, ciò non ostante lo scarico viene considerato isolatamente tutte le volte che l'introduzione suddetta delle acque non presenta considerazione alcuna interessante il diritto e la pub-

blica amministrazione. Tale sarebbe il caso dello scarico di un' acqua privata da un fondo ad un lago, o ad un fiume contiguo di ragione comune o pubblica, senz' altro passaggio intermedio.

§ 174. Lo scarico suddetto è *naturale* o *artificiale*. Questo riceve comunemente il nome di *scolo* (1). Esso presenta l' idea di un canale fatto dall' arte, nel quale si dirigono le acque, e per di lui mezzo si trasmettono altrove.

§ 175. Lo scarico delle acque molte volte si combina coll' introduzione delle medesime tanto nel fondo occupato, quanto nel fondo inferiore sul quale vengono scaricate. Nel primo caso questa introduzione è spesse volte procurata da un fiume o da un' acqua qualunque ad utilità del fondo occupato, e riceve propriamente il nome di *derivazione*; nel secondo caso diviene un correlativo necessario dello scarico, ad effettuare il quale è necessaria la introduzione delle acque medesime nel fondo inferiore.

Lo scarico inoltre si combina talvolta colla condotta; e ciò quando il fondo occupato, dal quale si trasmettono le acque, non ha un' immediata comunicazione con un lago, un fiume, o altra acqua comune.

Talvolta si combina colla ritenzione, quand' essa è solamente parziale del padrone del fondo superiore, o anche dei fondi intermedii, avvegnachè il canale e l' acqua essendo di proprietà esclusiva, non è per diritto partecipata ad altri proprietarii.

§ 176. La *introduzione* delle acque in un fondo può, come ognun vede, verificarsi in senso *diviso* e in senso *riunito*, colle altre funzioni dello scarico, della condotta e della ritenzione. In senso *diviso* si verifica allorchè derivando l' acqua medesima da un punto superiore, o si consuma o si trasmette in altro luogo non interessante l' altrui proprietà. In senso *riunito* poi allorchè o si trasmette ad altri terreni di altrui proprietà, o si conduce pei medesimi, a fine di farla giungere o su di un terreno proprio, o in una corrente che la porti altrove. Si combina poi colla *ritenzione* allorchè se ne vieta la partecipazione ad altri.

Questi esempii bastino e per la condotta in particolare e per la ritenzione stessa, sì perchè i rispettivi casi sono in massima parte assorbiti dagli antecedenti, e sì perchè si possono agevolmente figurare.

---

(1) È sentimento di alcuni celebri eruditi, appoggiati anche a Plutarco ed Aristotile, che lo scolo delle acque ad effetto di asciugare il terreno, onde farlo servire all' abitazione, al pascolo ed all' agricoltura, sia stata una delle prime operazioni della società (*Voyage du jeune Anacharsis en Grèce*, Chap. LXIV. Tom. VII. pag. 39). Certamente, al riferire di Pausania (Lib. III. Cap. I. p. 204), nei più remoti tempi un Re di Lacedemonia radunò in un canale le acque di cui la Laconia era coperta, e fece scorrere l' Eurota.

Ciò premesso, passiamo alle disposizioni di Diritto, serbando ad altro luogo le quistioni di giurisprudenza che non toccano immediatamente il testo della legge.

CAPO XXIV.

Dello stato e dei rapporti di diritto civile in materia di acque.

§ 177. Richiamata la distinzione capitale del corso delle acque in *naturale* ed *artificiale*, noi possiamo rendere la trattazione estremamente semplice, considerando le disposizioni principali di Diritto in rapporto ai due *stati* di fatto delle acque private, cioè di *sorgenti* e di *derivate*, ed in rapporto alle due principali *funzioni*, cioè di *uso* e di *direzione*.

§ 178. Diremo dunque in primo luogo delle acque *sorgenti* naturalmente o artificialmente quanto all'uso e quanto alla direzione; in secondo luogo delle acque derivanti in un dato fondo, sia naturalmente, sia artificialmente, e quanto all'uso e quanto alla direzione.

Per ora non tratteremo che dei principii fondamentali della *proprietà;* in appresso tratteremo gli stessi oggetti in relazione alla *servitù dell'acquedotto.*

CAPO XXV.

Del diritto civile sull'uso e sulla direzione delle acque sorgenti.
Prima ispezione sulle naturali.

§ 179. Un'acqua in qual modo esiste in un dato fondo? Vi *sorge* essa naturalmente o artificialmente? Qual'è la disposizione della legge nell'uno e nell'altro caso? Abbiamo veduto che nel primo caso, oltre l'uso libero del proprietario, fu aggiunto rapporto a lui il *diritto* di farla ricevere dal fondo inferiore, senza altro carico rispetto a lui. Rispetto poi al proprietario del fondo inferiore, fu stabilito l'*obbligo* di riceverla senza poter opporre contraddizione personale o reale mediante argini, ripari, o altro modo di resistenza al deflusso dell'acqua medesima (1).

§ 180. La condizione apposta dalla legge, che il proprietario superiore non possa far nulla che aggravii la servitù del fondo inferiore, pre-

(1) Codice Napoleone, art. 640. A questa disposizione corrisponde il Diritto romano. « Item sciendum est hanc actionem superiori » adversus inferiorem competere, ne aquam » quae natura fluat opere factitio inhibeat per » suum agrum decurrere; et inferiori adver» sus superiorem, ne aliter aquam mittat quam » fluere natura solet... semper enim hanc es» se servitutem inferiorum praediorum, ut na» tura profluentem aquam excipiant. » Leg. 1. § 13 et 32 Digest. *De aqua et aquae pluviae arcend.*

scritta sì dal Codice Napoleone, che dalla legge romana, è un'applicazione del principio generale che regge tutte le servitù, le quali non debbono mai essere aggravate oltre il limite imposto o dalla natura, o dalla legge, o dalle convenzioni.

§ 181. Quì il Codice Napoleone presenta un caso ch'esso scioglie secondo i principii dell'anteriore legislazione. Può darsi il caso che il deflusso di un'acqua che naturalmente trascorre da un fondo superiore interessi per la sua utilità il fondo inferiore, e quindi che al proprietario inferiore importi che non sia d'altronde deviata, ma venga costantemente ritenuta nel suo corso ordinario. Si domanda se questo proprietario inferiore abbia diritto d'impedire al superiore la *mutazione* o la *deviazione* del corso suddetto.

§ 182. A questa quistione il Codice Napoleone risponde, distinguendo il caso in cui abbiavi una *positiva convenzione* o *espressa* o *tacita*, dal caso in cui non esista nè l'una nè l'altra. Nel primo caso s'introduce una *reale servitù* per il proprietario del fondo superiore a trasmettere l'acqua nel modo voluto dal proprietario del fondo inferiore; nel secondo non s'induce verun obbligo o servitù per il proprietario superiore, quand'anche si aggiungesse un lungo ed immemorabile corso di tempo.

CAPO XXVI.

Continuazione. Schiarimento interpretativo dell'art. 642 *del Codice Napoleone.*

§ 183. Circa la *tacita* convenzione è necessario uno schiarimento, dopo le impegnate contestazioni avvenute nel Consiglio di Stato dell'Impero francese all'occasione della discussione del Codice Napoleone. In esso si stabilisce che il lungo possesso del fondo inferiore possa equivalere ad un tacito consenso del proprietario superiore a stabilire una servitù di trasmettere le acque a beneficio del fondo inferiore, quando *siano stati fatti e terminati lavori visibili, e destinati a facilitare il declivio ed il corso delle acque nel proprio fondo* (Cod. Nap., art. 642). Quì, come ognun vede, la lettera del Codice non esprime se questi *lavori visibili* debbano essere fatti nel fondo inferiore che pretende l'acqua, e che diventa dominante, ovvero nel fondo superiore che deve prestarla. Ma la ragione comune tosto suggerisce che siffatti lavori debbono essere fatti nel fondo *superiore* dal proprietario del fondo inferiore; perocchè sarebbe assurdo figurare un possesso ed un assenso producente obbligazioni rispetto al proprietario del fondo superiore, se i lavori non fos-

sero fatti da altri sul proprio terreno: attesochè il padrone del fondo superiore può bensì proibire un'opera in un terreno proprio, e contraddire alla loro costruzione ed al loro mantenimento, ma non la può proibire quando è fatta sul terreno altrui, nel quale non ha dominio (a meno che con questo non si offenda il proprio diritto di scarico e di trasmissione delle acque defluenti per diritto sul fondo inferiore). Siccome adunque nel caso nostro si tratta di far equivalere il lungo possesso del proprietario inferiore, unito alla pazienza del proprietario superiore, ad un patto di questo a trasmettere le proprie acque a benefizio del fondo inferiore, e quindi ad una deroga formale della propria libertà; così per una necessaria correlazione convien supporre che l'opera sia costrutta in un luogo in cui esso potesse eccitare una legittima *contraddizione*, e per ciò stesso convien supporre che l'opera manufatta per condurre le acque sia fatta sul terreno del proprietario stesso *superiore*.

§ 184. In conferma di questa interpretazione si può addurre il seguente passo dei motivi di questo articolo: « Le seul point qui restait à » fixer à cette égard, c'était la durée et les caractères de cette *tolérance* » capable de suppléer ou de faire supposer une *convention particulière.* »

« Toute convention esige le consentement des parties contractan- » tes, et si ce consentement n'est pas exprès et consigné dans un titre, » il doit résulter de quelque fait dont l'existence ne soit pas douteuse, » et d'une adhésion donnée à ce fait pendant un temps assez long, de- » puis qu'il a été ou pû être connu: *pour exciter une contradiction si* » *le fait eût été desapprouvé.* »

« Trente ans de jouissance paisible et continue ont paru devoir suf- » fire pour opérer une prescription équivalente au titre: mais cette jouis- » sance ne peut être comune ni opposée *qu'autant qu'il a été possible* » *de la contredire*, et cela n'a été possible qu'à l'époque où des ouvra- » ges apparentes, destinés à procurer ou faciliter la jouissance ont été » commencés et terminés de manière à provoquer une *contradiction* » *légitime* (1). »

Il diritto comune anteriore conferma vieppiù questa interpretazione. Eccone la prova: « Quod si aqua longo tempore (2) ex praedio supe-

(1) *Exposé des motifs etc.* Tom. IV. p. 128. Paris, chez Firmin Didot, an 12 (1804).

(2) Secondo il Diritto romano la prescrizione in materia di acque, a somiglianza delle cose immobili, si acquistava col decorso di anni dieci fra i presenti, e di venti fra gli assenti. « Si quis diuturno usu et longa » quasi possessione jus aquae ducendae na- » ctus sit, non est ei necesse docere de jure » quo aqua constituta est » dice Ulpiano nella leg. 10. Digest. *Si servitus vindicetur.* È noto che, secondo la legge 12. del Codice *De*

» riore ad inferiora defluxerit, an praedii superioris dominus extraneo » possit jus aquae ducendae concedere, in praejudicium inferiorum, qui» bus hactenus aqua profluerat, quaestionis est; quae ut definiatur, vi» dendum, utrum aqua naturaliter vel opere manufacto in *praedio supe» riore* ad praedia inferiora defluxerit, an vero opere *in ipso praedio su» periore manufacto.* Priore enim casu, ratio non est, cur non domi» nus superioris praedii aquam in suo erumpentem, atque adeo suam, » vel sibi retineat, vel cui voluerit servitutis jure ducendam concedat, ab » inferioribus praediis, ad quae delabi solebat avertendam, cum nulla hic » concipi queat servitutis praescriptio per inferiorum fundorum dominos » facta aquae intuitu, sed plenissimam fundus superior retinuerit liber» tatem; aut si quae servitus hic quaereretur, in eo magis consisteret, » quod inferiora praedia superiori serviant in aqua superflua excipienda. » Et sane, si cuique liberum sit, venas aqueas subterraneas, quibus ad » alterius agrum aqua delata ibidem erumpit, in suo fundo rescindere, » quia jure suo sic utitur, quoties servitus in contrarium constituta non » est; quid in eodem jure impediat quoque, ne supra faciem soli sui » fluens aqua ad inferiores fundos labatur? Si vero opere manufacto in » fundo SUPERIORE inferioris fundi dominus aquam in suum derivave» rit, cum ita praescriptione jus aquae ducendae praedio inferiori quae» situm sit, non potest in praejudicium juris inferiori praedio quaesiti » aliis concedere aquae ducendae jus (1). »

---

praescriptione longi temporis s'intende quella di dieci anni fra i presenti, e di venti fra gli assenti, e che tale prescrizione si estendeva alla servitù. « Eodem observando etsi res » non soli sint, sed incorporales quae in jure » consistunt, veluti usufructus et caeterae ser» vitutes. » A maggiore schiarimento si può aggiungere il seguente passo della leg. 2. Cod. *De servitute et aqua.* « Si aquam per posses» sionem Martialis eo sciente duxisti servitu» tem exemplo rerum immobilium tempore » quaesisti. » Qui nota Gottofredo, che *Graeci legunt* mobilium; *sed melius forte legemus* immobilium.

Nella così detta *legge romana,* detta anche *responsum Papiani,* ossia nella collezione ordinata da Alarico nel 506, poscia promulgata da Teodorico re de' Franchi, tratta da varie leggi particolarmente greche, leggesi quanto segue: *Aquae cursum et adquiri biennio, et amitti biennio constat;* giusta la lezione restituita dall'Amaduzio, seguendo il codice Ottobon. (*Leg. novell. anec. etc.* Roma 1767. — È ben vero che Paolo giureconsulto (*Receptarum sententiarum,* Lib. I. Tit. XVII.) dice espressamente: « viam, iter, actum, aquae» ductum qui biennio usus non est amisisse vi» detur... Servitus hauriendae vel ducendae » aquae biennio omissa interdicit, et biennio » usurpata recipitur. » Ma egli è parimente vero che in forza di leggi posteriori questa prescrizione fu aumentata, come opportunamente viene annotato qui da Gottofredo: *pro biennio hodie decennium habemus et vicennium.* Ma il Codice Napoleone avendo stabilito la prescrizione trentenaria, ha praticata una innovazione.

(1) Voet *ad Pandect.* Tom. II. Lib. VIII. Tit. III. § 6. Su di ciò si può vedere anche l'Opera del Pecchio *Tract. de aquaeduct.* Tom. I. Cap. VII. Quest. IV., con tutta la folla dei giureconsulti citati in proposito.

CAPO XXVII.

Continuazione. Seconda ispezione dell'uso della direzione delle acque sorgenti artificiali.

§ 185. Tutto il fin qui detto riguarda il caso di un'acqua che sorge *naturalmente* nel fondo superiore. La questione subalterna d'interpretazione non è che subordinata al caso medesimo. Resta dunque l'altro membro della domanda principale proposta di sopra; e questo si è: quale sia la disposizione di legge nel caso di una sorgente *artificiale* procurata nel fondo superiore. Per la precisione delle idee si deve notare, che qui non si tratta dell'uso libero del proprietario del fondo dove fu scavata la sorgente, perocchè su di ciò fu abbastanza parlato di sopra (Capo XIV); ma bensì si tratta del diritto che può avere d'introdurre e di scaricare l'acqua della sorgente artificiale sul fondo inferiore. Su questo punto fu premesso, che il proprietario del fondo inferiore non può, in forza della legge 20 Aprile 1804, ricusare di ricevere l'acqua defluente dal fondo superiore. Ma siccome in questo caso si tratta di un'acqua che non decorre naturalmente per la sua origine dal fondo superiore, ma bensì artificialmente, atteso lo scavo fatto dal proprietario della sorgente; così pare che l'introduzione e lo scarico nel fondo inferiore non possa essere esercitato se non colle condizioni degli *scoli artificiali* sopra riportati. La differenza dunque consiste nel solo modo dello scarico, nel quale vengono rispettati i rapporti di diritto del fondo serviente riguardo al fondo superiore dominante, nel quale nascono artificialmente le acque.

CAPO XXVIII.

Del diritto civile sull'uso e sulla direzione delle acque derivate. Prima ispezione sulle acque di derivazione naturale.

§ 186. Esaurita così ogni ispezione capitale rapporto all'uso ed allo scarico di una sorgente di privato diritto, si passa alle acque derivate. Quindi rispetto ad un'acqua derivata nel fondo o naturalmente o artificialmente senza che sorga nel medesimo, si domanda quali siano le disposizioni di Diritto e quanto all'uso e quanto alla direzione.

§ 187. Incominciando dal caso della derivazione naturale, il Codice Napoleone ha già provveduto cogli art. 640 e 641. Quanto alla derivazione artificiale, la citata legge 20 Aprile 1804 ed il Regolamento 20 Maggio 1806 provvidero egualmente.

CAPO XXIX.

Continuazione. Schiarimento interpretativo del § 2 dell' art. 649 *del Codice Napoleone.*

§ 188. Una questione qui si può eccitare, cioè se l'*uso* di un'acqua che naturalmente *attraversa* un dato fondo si debba restringere alla semplice *irrigazione*, o se pure si possa estendere a qualunque altro uso privato, ritenuta la sola condizione di restituire l'acqua nel sortire del fondo al suo corso ordinario.

A questa quistione fu già risposto di sopra. La conclusione si fu, che il proprietario del fondo attraversato da un'acqua privata defluente naturalmente possa, per regola ordinaria di legge (cioè in mancanza di un titolo volontario), usare dell'acqua stessa mentre trascorre, non solamente per l'irrigazione, ma eziandio per ogni altro uso privato; come, ad esempio, per alimentare un molino, un opificio, o per qualche altro simile servigio di vera utilità, stante sempre fermo l'obbligo di restituire l'acqua medesima al suo corso ordinario nel mentre che sorte da' fondi suoi.

Nè contro di questa soluzione obbiettar si potrebbe, che mediante un uso estraneo all'irrigazione si possa diminuire soverchiamente il volume delle acque a pregiudizio dei fondi inferiori; imperocchè la legge non avendo limitato il detto uso, non ha tolto al proprietario del fondo attraversato un tale diritto.

CAPO XXX.

Continuazione. Conferma della recata interpretazione.

§ 189. In conferma di questa interpretazione si può consultare la seguente decisione della Corte di Cassazione dell'Impero francese.

Fatto.

I rivi prodotti dalle fonti di Richebourg e di Neuville, dopo aver bagnate le proprietà del signor Provence, andavano a finire in uno stagno appartenente al signor Berthelin.

Il sig. Provence fece costruire delle fosse, delle vasche e delle cateratte, nelle quali raccolse le acque che attraversavano i suoi fondi. Ma all'uscire dal suo terreno tutte queste opere rimettevano l'eccedente delle acque al corso primitivo, che le conduceva allo stagno del sig. Berthelin.

Le irrigazioni che si facevano nel suo podere diminuivano considerabilmente la quantità d'acqua che il sig. Berthelin riceveva, ed anche minacciavano di non più riceverne a' tempi di siccità.

Il sig. Berthelin chiese adunque la soppressione dei lavori costrutti dal suo vicino.

Il Tribunale di prima Istanza di Troyes riconobbe la realtà dell'aggravio del quale il sig. Berthelin si querelava, e considerando che un proprietario poteva usare dell'acqua che attraversava la sua proprietà, ma non ritenerla in una maniera nocevole al fondo inferiore, condannò il sig. Provence a distruggere entro un mese tutte le costruzioni che privavano il sig. Berthelin dell'acqua, della quale per l'avanti godeva.

Una prima decisione, pronunciata dietro appello della prima sentenza, ha ordinato che i periti dovessero far constare lo stato dei luoghi, ed emettere il loro parere sul danno che il signor Berthelin pretendeva soffrire.

Di tre periti nominati, due furono di parere, che = non per facilitare l'irrigazione de' suoi vicini, ma per ritenere a sua disposizione l'acqua della quale egli aveva cangiato il corso, il signor Provence aveva fatto le costruzioni dei canali, delle fosse e delle cateratte, e che questa innovazione era nocevole ai proprietarii dei fondi inferiori, e segnatamente a quelli del querelante. =

In conseguenza di questo rapporto, la Corte d'Appello di Parigi, senza attenersi al parere degli esperti, = considerando che, a senso del § 11 dell'art. 644 del Codice Napoleone, quegli il cui fondo viene attraversato dall'acqua può servirsene nell'intervallo in cui essa vi trascorre, COLL'OBBLIGO DI RESTITUIRLA AL SUO CORSO ORDINARIO ALL'USCIRE DA' SUOI TERRENI; che dai fatti stabiliti nella causa risulta che l'acqua, della quale trattasi, attraversa i fondi del sig. Provence, e che all'uscire da questi fondi, dopo che il detto sig. Provence ne ha fatto uso, scola immediatamente nello stagno del sig. Berthelin, riformò la sentenza di prima Istanza, ed assolse il signor Provence dalle condanne contro di lui pronunciate. =

Il sig. Berthelin ricorse alla Cassazione contro questa decisione.

Egli impugnò la decisione suddetta sull'appoggio di falsa applicazione dell'art. 644 del Codice Napoleone, e per contravvenzione all'art. 645.

In vero, diceva egli, l'art. 644 del Codice Napoleone permette a colui, il di cui fondo è attraversato da un' acqua, *di servirsene nell' intervallo in cui essa corre*, MA COLL' OBBLIGO DI RESTITUIRLA AL SUO CORSO ORDINARIO ALL' USCIRE DA' SUOI TERRENI.

§ 190. Da questa proposizione, cioè *nell' intervallo in cui essa scorre*, ne segue che un proprietario non ha alcun diritto di cangiare il corso e lo stato naturale dell'acqua anche nel suo terreno. Se fosse altrimenti, il legislatore non avrebbe messo questa restrizione; e non si può estendere una facoltà accordata nell'intervallo in cui l'acqua scorre, a quello che la si fa percorrere mediante soccorso dell'arte e di opere manufatte.

§ 191. Vi è ancor di più: il proprietario del fondo superiore deve restituire l'acqua al proprietario del fondo inferiore. Ora non la può restituire se non trasmettendola nel modo con cui si è ricevuta. Questa espressione esclude adunque ogni idea che ne possa diminuire notabilmente il volume, ed anche in certi casi assorbirla.

§ 192. Ma non è a questa sola precauzione che la premura della legge si è limitata: ella ha voluto di più, che il proprietario d'un fondo attraversato da un'acqua corrente non potesse usarne nell'intervallo ch' essa scorre se non in quanto i diritti del terzo e l'interesse pubblico non fossero lesi. Ed è perciò ch'essa ha prescritto coll'art. 645, che i Tribunali, pronunciando sulle contestazioni che per avventura insorgessero fra i proprietarii ai quali queste acque potessero essere utili, debbono procurare *di conciliare l'interesse dell'agricoltura col rispetto dovuto alla proprietà.*

Quest'art. 645 è correlativo all'art. 644. Abbisogna dunque far concorrere l'applicazione dell'uno con quella dell'altro.

La Corte d'Appello ha applicato isolatamente l'art. 644.

Vi è dunque luogo alla Cassazione della decisione per falsa applicazione del suddetto articolo, e per violazione dell'art. 645.

Decisione.

La Corte di Cassazione, sopra le conclusioni del sig. Pons sostituito Procuratore generale, = considerando in rapporto alla contravvenzione degli art. 644 e 645 del Codice civile, che secondo uno di questi articoli il proprietario del fondo attraversato dall'acqua corrente ha il diritto di usarne col solo obbligo di restituirla, al sortir de' suoi fondi, al suo corso ordinario; che l'altro articolo lascia la cura ai Tribunali di conciliare l'interesse dell'agricoltura coi riguardi dovuti alla proprietà nei giudizii di contestazione tra i proprietarii, ai quali queste acque possono essere utili; che nella fatti-specie la decisione impugnata comprova che l'acqua che attraversa il fondo del sig. Provence, dopo che questi ne ha usato, scola immediatamente nello stagno del sig. Berthelin, ciò

che forma il suo corso ordinario; che in tal modo la decisione impugnata è testualmente conforme alle disposizioni delle leggi citate, rigetta ec. = Dei 15 Luglio 1807. — Sezione dei ricorsi (1).

CAPO XXXI.

Continuazione. Dell'uso delle acque di derivazione naturale che bordeggiano un fondo. Schiarimento interpretativo della prima parte dell'art. 644.

§ 193. L'art. 644. del Codice Napoleone nella sua prima parte dispone che il proprietario del fondo bordeggiato da un'acqua privata può servirsene al di lei passaggio *per l'irrigazione delle sue proprietà.* Qui dunque si stabilisce che il proprietario del fondo bordeggiato possa estrarre l'acqua della corrente contigua, introdurla nel proprio fondo, e servirsene per l'irrigazione. Con quest'ultima tassativa disposizione si può domandare se questo proprietario possa *usare* dell'*acqua* in oggetti *estranei* all'irrigazione, al pari del proprietario del fondo attraversato. Si noti bene che qui si parla di un'acqua che scorre naturalmente, e non di un acquedotto di esclusiva appartenenza di uno o più proprietarii, specialmente inferiori.

§ 194. Taluno può obbiettare nel modo seguente. La disposizione testuale della legge, che non parla a caso, qui limita l'uso del proprietario del fondo semplicemente bordeggiato alla mera irrigazione. Non si può dunque estendere la disposizione ad usi estranei, tanto più che la disposizione di fatto di questo proprietario non è identica, ma diversa da quella del padrone del fondo attraversato.

§ 195. Considerando la cosa più da vicino, si trova che il proprietario del fondo attraversato da un'acqua che scorre naturalmente, rassomiglia al proprietario di un'acqua che sorge naturalmente nel proprio fondo; talchè rispetto al proprietario del fondo inferiore può usare dello stesso diritto che riguardo a lui viene usato dal proprietario superiore della sorgente. L'acqua (egli può dire) s'introduce naturalmente nel mio fondo: essa è un beneficio che la natura mi comparte; niun confinante nè a destra nè a sinistra può reclamare diritto veruno su di essa. Quando io abbia concertate le cose col proprietario superiore, niun altro ha diritto di limitare i vantaggi che io posso ricavare dall'acqua ch'esiste su' miei terreni. Il proprietario del fondo inferiore è obbligato a ricevere il deflusso delle acque medesime, senza che per parte mia intervenga

(1) Vedi Sirey, Tom. VIII. Parte I. pag. 470 a 473.

obbligo veruno, a meno che per un espresso o tacito consenso io non mi sia assoggettato a servitù, al pari del proprietario superiore della sorgente. Se la legge a me impose di restituire l'acqua al suo corso ordinario allorchè esce dalle mie terre, ciò riguardar si deve come una ordinazione di equità su di un superfluo che a me non nocendo, e giovando ad altri, facilmente si doveva da me concedere, almeno per un principio di umanità (1). Ma questo linguaggio può forse ugualmente convenire al padrone del fondo semplicemente bordeggiato da un'acqua privata che decorre naturalmente? È evidente che no. Imperocchè se egli ne facesse uso, il padrone del fondo che a lui sta incontro potrebbe con eguale ragione ritorcerlo contro di lui. Egli potrebbe dire: Io sono al pari di voi ammesso dalla legge e dalla natura ad usare dell'acqua che bordeggia il mio fondo; e quindi come io non posso avere un diritto esclusivo, così pure non lo potete avere voi medesimo. I rapporti quindi reali di diritto non sono nè per voi nè per me simili a quelli del proprietario del fondo attraversato, poichè esso non ha a fronte sua un coutente e un comproprietario, come siamo noi rispettivamente. La natura dunque delle cose e dei diritti scambievoli esige una transazione fra noi, e quindi una limitazione nell'uso delle acque. Questa transazione e limitazione viene fatta dalla legge col circoscrivere l'uso dell'acqua bordeggiante alla sola irrigazione, nè mai ci sarà lecito di aggiungere nulla alla legge, specialmente perchè non essendovi identità di rapporti, non ne può seguire una identica disposizione di Diritto, che suole essere sempre un' accessoria conseguenza dei rapporti medesimi.

Pare dunque che la condizione dei padroni dei fondi bordeggiati da un'acqua privata sia diversa per il diritto dalla condizione di un padrone di un fondo attraversato; e però che l'uso dell'acqua medesima rapporto a quelli si debba restringere alla sola irrigazione.

Questa obbiezione non sussiste. L'acqua estratta per irrigazione può servire ad altri usi senza nuocere ad altri, purchè venga restituita al sortire dei fondi dell' utente.

---

(1) Questo principio dei vecchi giureconsulti si estendeva persino al proprietario di una sorgente; talchè accordando al medesimo ogni libero uso delle acque, non si voleva che abusasse del superfluo capricciosamente, ed in odio di altri proprietarii vicini, ma si obbligava a lasciare a loro beneficio il superfluo medesimo. « Dominus aquae in suo fundo scaturientis, dilabentis natura sua ad » loca inferiora, non potest, absque ipsius utilitate, eam aliunde divertere, maxime si ad » aemulationem hoc fecerit. » Pecchius *De aquaeduct.* Lib. I. Cap. VII. Quest. 6, n.° 7 e seg.

CAPO XXXII.

Seconda ispezione dell'uso e della direzione delle acque private derivate artificialmente. Divisione preliminare.

§ 196. Sotto il titolo dell'uso e della direzione delle acque private derivate artificialmente, cade tutta la materia della *derivazione* e della *condotta* delle acque.

Col nome di *derivazione* si comprende l'estrazione di un'acqua da qualunque fiume, lago, stagno, fonte, canale ec., fatta dall'uomo onde introdurla e farla decorrere giusta una data direzione. Per la qual cosa nella derivazione delle acque comprendesi qualunque opera dell'uomo, e qualunque lavoro destinato alla suddetta estrazione ed introduzione (1).

La *condotta* delle acque abbraccia tutte le operazioni e le costruzioni per guidare l'acqua ad un dato punto. Qui cade tutta la materia conosciuta nella giurisprudenza sì antica che moderna sotto il nome di *acquedotto*.

§ 197. Ommettendo le diverse maniere di costruire gli acquedotti, che possono formare oggetto dell'architettura (2), noi ci limiteremo a quella sola distinzione che riguarda i servigi, e quindi l'interesse e il diritto relativo all'acquedotto. Sotto questo rapporto due specie di acquedotti distinguere si possono: l'uno denominar si potrebbe *d'introduzione*, e rispettivamente *di derivazione*; l'altro *di scarico* e *di deviazione*. Il primo viene effettuato tutte le volte che si ha in mira di derivare acque superiori a beneficio di un fondo inferiore; locchè importa di fare attraversare l'acqua per un dato spazio di terreno superiore, sia pubblico, sia privato, di propria o di altrui proprietà, a fine di far giungere la corrente al punto destinato. Il secondo serve solamente a dar esito alle acque esistenti in un dato fondo, sia che sorgano nel medesimo, sia che vi sieno introdotte naturalmente o artificialmente. Per lo che l'acque-

---

(1) Qui si comprende ogni lavoro che far si può, sia che l'acqua si deduca dal *capo*, come dicevano i Romani, sia che si deduca altronde. « Caput aquae illud est, unde aqua » nascitur: si ex fonte, ipse fons; si ex flumi» ne vel lacu, prima incilia (*cioè taglio*), vel » principia fossarum, quibus aquae ex flumi» ne vel ex lacu in primum rivum pelli so» lent. » Leg. 1. § 8. Digest. *De aqua quotidiana et aestiva*.

Quanto poi all'estrazione dell'acqua da altro punto derivata, e specialmente dal così detto *castello*, si può vedere la leg. 1. Digest. *De aqua quotid. et aestiva*, e specialmente i §§ 38 e 39 della detta legge.

(2) Vitruvio nella sua Opera *De architectura*, Lib. VIII. Cap. VII., riferisce tre modi di acquedotti; e Palladio, Lib. IX. Cap. XI., ne aggiunge un quarto.

dotto di scarico molte volte si congiunge o esiste contemporaneamente coll'acquedotto d'introduzione o di derivazione.

Ciò premesso, passiamo a vedere quali sieno le disposizioni di Diritto civile riguardo alla derivazione ed alla condotta artificiale delle acque.

CAPO XXXIII.

Vedute fondamentali riguardo alle estrazioni delle acque.

§ 198. La derivazione artificiale delle acque si può praticare tanto sulle acque naturalmente decorrenti, quanto sulle acque defluenti artificialmente, siano pubbliche, siano private: lo stesso si verifica negli stagni, laghi e fonti, come sopra fu avvertito. Ciò che importa al nostro proposito sono i *modi* diversi importanti disposizioni di Diritto; e questi ridur si possono ad un jus originariamente *proprio*, o ad un jus *acquisito*. Il primo si verifica tutte le volte che un proprietario tiene l'acqua nel proprio fondo, e trasmettere la vuole altrove, e fin anche ad un fondo rimoto; ovvero che si trova attiguo ad una qualche acqua, o che questa attraversa il proprio terreno, e la legge accorda a lui la facoltà, in virtù della sua proprietà, di estrarre l'acqua medesima. Il secondo, ossia il jus *acquisito*, si verifica allorchè è necessaria una concessione espressa o tacita di estrarre l'acqua medesima. Quanto alle acque di pubblica ragione, fu già premessa la disposizione dei pubblici regolamenti; quanto alle acque di ragione privata, il Codice Napoleone provvede abbastanza, determinando il modo con cui si acquistano le servitù.

CAPO XXXIV.

Veduta fondamentale riguardo alla condotta delle acque.

§ 199. Intorno all'acquedotto, sia d'*introduzione*, sia di *scarico*, fu già osservato che la legge ne autorizza la costruzione ed il movimento a beneficio dell'agricoltura e dell'industria di modo, che verun privato non vi si potrebbe opporre, quando verso di lui sieno adempiute le condizioni prescritte, dopo che l'autore dell'acquedotto acquistò il diritto di estrarre l'acqua.

§ 200. Fissando l'attenzione sull'uso e sulla direzione dell'acquedotto, domandar si potrebbe se ai padroni, per il terreno dei quali scorre l'acqua, o fra i quali decorrendo l'acqua medesima ne bagna i confini, competano i diritti stabiliti dal Codice Napoleone nell'art. 644. Si risponde che no. Il padrone dell'acquedotto ha la primitiva proprietà dell'acqua,

del letto, della purgazione, conservazione dell'acquedotto medesimo, come chiaramente si rileva dall'art. 52 sopra recato della legge 20 Aprile 1804. Posto ciò, ne viene che tanto la massa dell'acqua che scorre, quanto il terreno occupato dalla corrente, ed ogni altra opera manufatta per costruire o mantenere l'acquedotto, sono di esclusiva proprietà del suo autore, e per conseguenza niun altro usarne potrebbe senza il di lui assenso o tacito od espresso; altrimenti si commetterebbe una formale violazione della proprietà.

§ 201. Tutto ciò è comune tanto agli acquedotti d'introduzione, quanto a quelli di scarico. Ma rapporto a quelli d'introduzione milita una più speciale ragione. Posto che colui che acquistò una ragione di acqua ebbe in mira di farla servire al proprio fondo inferiore, e che per guidarla fino al medesimo la fa attraversare per fondi superiori altrui, esso ha diritto che tutta intiera giunga al proprio fondo, al servigio del quale esso l'acquistò. Senza di ciò non otterrebbe il proprio intento, e resterebbe defraudato del beneficio inteso. Se dunque al padrone intermedio del fondo, per cui scorre l'acqua, fosse accordata la facoltà di usare dell'acqua medesima nel mentre che lo attraversa, esso priverebbe senza diritto, anzi contro diritto, il proprietario dell'acqua e dell'acquedotto del beneficio proposto, e violerebbe di più il diritto di proprietà a questo competente sull'acqua e sull'asta del canale o scoperto o coperto, da lui costrutto sopra un fondo da lui comprato e di sua esclusiva proprietà: anzi non vi è difficoltà ad asserire che il proprietario intermedio attraversato dall'acquedotto, o chiunque altro, si renderebbe reo di furto, se senza il consenso del padrone sottraesse qualche porzione di acqua.

§ 202. Quanto agli acquedotti di scarico, e che per l'autore dell'acquedotto non servono che a divertir l'acqua altronde, sembra che variino le circostanze rapporto all'azione criminale; avvegnachè non intendendo di approfittare dell'acqua, ma semplicemente di allontanarla, pare ch'egli non risentendo danno da una mera dispersione o sottrazione fatta inferiormente, egli non abbia di che lagnarsi, postochè da questa operazione non ne risente verun detrimento. Ognun sa che il carattere fondamentale del delitto è un danno ingiusto o fisico o morale inferito ad altri. Qui esso non si verifica: pare dunque che non siavi luogo a veruna azione criminale, poste tutte le annoverate circostanze.

§ 203. Ma sotto ai rapporti civili si può domandare, se dato un acquedotto di scarico, il proprietario inferiore, nel fondo del quale è costrutto l'acquedotto, abbia diritto di usare dell'acqua scaricata anche senza l'assenso dell'autore dell'acquedotto; ben inteso sempre che non venga

apportato nessun danno ai fondi superiori, e nessun ostacolo o ritardo allo scarico inteso.

§ 204. Qui la domanda ha molti aspetti. Se si parla di un diritto del padrone inferiore, che porti seco un obbligo correlativo del padrone del fondo superiore a permettere l'estrazione e la deviazione dell'acqua, la facoltà o il diritto del padrone inferiore non può aver luogo, mentre il diritto del padrone superiore, autore dell'acquedotto, verrebbe tolto o in parte o in tutto; suo diritto essendo di far giungere l'acqua al punto destinato, per il quale fu costrutto l'acquedotto. D'altronde poi s'introdurrebbe un diritto di servitù legale contro il medesimo, senza nessuno di quei mezzi che sono voluti dalla legge per semplice fatto materiale del decorso delle acque. Perlochè la comune giurisprudenza anteriore stabilì (non solamente riguardo all'acqua che si fa scorrere per mezzo dell'acquedotto, ma perfino a quella che si fa scorrere libera ai fondi inferiori, e che venne denominata *scolatizia*) che in forza di questo deflusso non si stabilisce veruna servitù per il padrone superiore (1).

§ 205. Quando adunque il padrone del fondo inferiore voglia acquistar diritto sull'acqua, deve usare dei mezzi stabiliti dalla legge, onde acquistare questa specie di servitù. Senza di ciò è sempre libera al superiore la facoltà di disporre dell'acqua come a lui piace, e qualunque atto del padrone inferiore è sempre inutile rispetto al padrone superiore.

§ 206. Da tutto ciò risulta, che la disposizione dell'art. 644 del Codice Napoleone non è applicabile allo scarico artificiale delle acque, o alle acque derivate artificialmente in un fondo; come altresì che rispetto al padrone delle acque superiori, derivate a lui artificialmente, non si verifica veruna servitù a favore dell'inferiore per il semplice deflusso delle acque medesime.

§ 207. Da tutto questo complesso delle considerazioni fondamentali di Diritto, stabilite dall'italiana legislazione e riportate allo stato reale delle cose, risulta la pienezza della legislazione medesima; poichè si vede ch'essa ha provveduto a tutti gli aspetti massimi, e dirò così capitali,

(1) « Scolaticia nunquam praescribuntur, » etiamsi per mille annos ad loca inferiora » fluant; et si vicini inferiores illis utantur, » nullum jus considerabile acquirunt. »

« Hoc autem fundatur in illa ratione, quia » solus aquae fluxus non constituit quem in » possessionem servitutis; nam nulla servitus » habet causam naturalem, sed vel perimpositam aut praescriptam. Constat autem quod » scolaticia semper ad inferiora loca profluunt, » et ut plurimum in rivum fundi vicinioris. » Licet ergo per mille annos ita fluxerint, tamen non per hoc sequitur quod vicinus inferior aliquam acquisierit servitutem. » Pecchio *De aquaeduct.*, coll'autorità conforme di molti giuristi ivi citati *De aquaeduct.* Lib. I. Cap. VII. Quest. IV. n.° 20. 21 e 22.

della materia delle acque, quale può venire in uso nella pratica comune. Che se rimanesse ancora qualche dubbio sulla perfezione della medesima, vengono in sussidio le disposizioni suppletorie tanto del Codice Napoleone, quanto degli stessi regolamenti, i quali richiamano d'accordo le leggi, i regolamenti e gli usi anteriori, sia locali, sia particolari, in quanto sono conciliabili colle ordinazioni espresse dalle leggi civili e dai regolamenti medesimi.

CAPO XXXV.

Quistione di diritto. — Fatto.

§ 208. Il sig. Lebouteiller aveva una o più volte fatto segare a suo profitto l'erba prodotta da un terreno ora asciutto ed ora allagato.

Egli pretendeva che questo terreno appartenesse a lui, come facente parte di un prato, del quale egli era proprietario sulle ripe d'uno appartenente al sig. Debailly.

Dal suo canto il proprietario dello stagno credette, a termini dell'art. 558 del Codice Napoleone, di essere essenzialmente proprietario di tutto il terreno coperto dalle acque del suo stagno, quando esse sono all'altezza dello sbocco. In conseguenza egli fece segare in questi ultimi tempi la porzione del prato litigioso.

Il sig. Lebouteiller intentò l'azione possessoria, fondandosi sul possesso annuale, a termini dell'art. 23 del Codice di procedura civile.

Avanti il Giudice di pace il proprietario dello stagno ha sostenuto che l'azione possessoria non era ammissibile, attesochè il possesso non poteva produrre la prescrizione, poichè la legge vegliava e riclamava per lui (art. 558 del Codice Napoleone).

Importa osservare che il sig. Debailly riteneva in fatto (ciò che non era contestato) ch'egli non aveva fatto segare che il terreno coperto dalle acque del suo stagno, quand'esse sogliono essere all'altezza dello sbocco.

Li 2 Agosto 1808 il Giudice di pace del Cantone di Loizon con sua sentenza ha dichiarata inammissibile l'azione del sig. Lebouteiller.

Il 20 Febbrajo 1809 il Tribunale di Laval pronunciò conformemente al Giudice di pace.

Lebouteiller ricorse in Cassazione, appoggiandosi a due motivi: 1.° per contravvenzione all'art. 25 del Codice di procedura civile; 2.° per falsa applicazione dell'art. 558 del Codice Napoleone.

RAGIONI DEL PROPRIETARIO CONFINANTE.

Il primo motivo, diceva egli, è fondato su ciò, che il Giudice di pace aveva cumulato il possessorio col petitorio.

Il ricorrente sosteneva che la difesa del sig. Debailly, come la sentenza del Giudice di pace, riposava essenzialmente sopra questa idea, cioè che il sig. Debailly era *proprietario* del terreno, sul quale era stata commessa la turbazione al suo possesso anteriore. Ma giudicare il possessorio per un motivo ricavato dal diritto di proprietà è lo stesso che cumulare il possessorio col petitorio.

Il secondo motivo, desunto dalla falsa applicazione dell'art. 558 del Codice Napoleone, riposava su ciò, che il Giudice di pace aveva male a proposito giudicato che il proprietario dello stagno era proprietario del terreno, sul quale vi ebbe la turbazione al possesso del sig. Lebouteiller, poichè niente provava che questo terreno fosse coperto dalle acque, quando esse sono all'altezza dello sbocco dello stagno.

RAGIONI DEL PROPRIETARIO DELLO STAGNO.

Dove mai il sig. Lebouteiller può trovare questo preteso cumulo di possessorio e di petitorio? Egli è evidente che il preteso cumulo non esiste.

Il sig. Lebouteiller ha senza dubbio esercitata un'azione ch'egli stesso ha qualificata come azione possessoria. Ma qual'è stata la difesa del sig. de Frenay?

Il sig. de Frenay ha sostenuto che la sua querela era tale, che non importava azione possessoria, e che non poteva esservi quistione fra essi che di proprietà.

E in effetto, secondo l'art. 558 del Codice Napoleone, che dice: « Non ha luogo l'alluvione riguardo ai laghi e stagni, il proprietario dei » quali conservava sempre il terreno che l'acqua copre, quand'essa è al- » l'altezza dello sbocco dello stagno, ancorchè il volume dell'acqua ve- » nisse a scemare; di maniera che il proprietario dello stagno non acqui- » sta alcun diritto sopra le terre confinanti che la sua acqua va a rico- » prire nei casi di straordinarie escrescenze; » egli è evidente che la proibizione del sig. de Frenay era perfettamente giusta. Cosa ha voluto la legge? Ella ha voluto una cosa ragionevolissima. Essa ha voluto che il proprietario d'uno stagno non potesse, per alcun movimento accidentale dell'acqua che lo forma, nè perdere il terreno che a lui apparteneva, nè guadagnare quello che a lui non ispettava.

§ 209. Così nelle escrescenze straordinarie dell'acqua di uno stagno il terreno che accidentalmente sarà stato coperto da quest'acqua non apparterrà al proprietario dello stagno, perchè la legge non ha riputato convenevole che approfittasse così dell'azzardo.

Ma dall'altro canto essa non ha creduto giusto che se in circostanze particolari il volume dell'acqua dello stagno venisse a diminuire, il proprietario fosse esposto a perdere il terreno che l'acqua dello stagno copriva ordinariamente, quando essa era all'altezza dello sbocco; ed in conseguenza ha posto per principio, che questo proprietario conservasse sempre il terreno.

§ 210. Conseguentemente a questo principio egli è dunque manifesto, che a pregiudizio del proprietario d'uno stagno non può giammai aversi il possesso di un terreno che la legge stessa dichiara volergli conservare.

Per ciò solo, ch'è la legge che s'incarica di proteggere questo terreno, egli è impossibile ch'essa permetta che gli venga levato.

È la legge che forma un titolo; è la legge che lo protegge; è dessa che volendo ch'egli sempre lo conservi, non permette alcuna usurpazione, o usurpandolo si può chiedere d'esserne ristabilito.

Non può esservi giammai a questo riguardo alcun possesso che si possa invocare nei Tribunali.

Perchè o il terreno, per il quale s'invoca, è quello che è coperto dall'acqua quando essa è all'altezza dello sbocco dello stagno, e che è scoperto quando per accidente essa diminuisce; o questo è un terreno al di là, ed esposto solamente ad essere coperto da una straordinaria escrescenza.

Nel primo caso non può esservi questione di possesso a pregiudizio del proprietario dello stagno, poichè la legge vuole che, malgrado la diminuzione del volume dell'acqua, egli conservi sempre il suo terreno.

Nel secondo caso non può esservi quistione in suo favore; perchè allora il proprietario dello stagno, non avendo alcun diritto sul terreno coperto dalle escrescenze straordinarie, e questo terreno appartenendo al proprietario confinante collo stagno, tocca a questo ad invocare la sua proprietà, e non solamente il possesso, giacchè non havvi possesso a suo pregiudizio.

§ 211. Da ciò risulta dunque, che nelle contestazioni di questa natura la sola cosa che vi è a conoscere sono i limiti della proprietà, e che la fissazione di questi limiti è altresì la sola cosa che il giudice può ordinare.

Ordinare la fissazione di questi limiti, come lo ha fatto il Tribunale di Laval, non è dunque cumulare quivi il petitorio ed il possessorio,

come pretende il sig. Lebouteiller. La quistione è da prendersi al contrario, cioè sotto il punto di vista ch'ella possa presentare, e nello stesso tempo scegliere il mezzo più proprio a deciderla.

Quale sarà in fatto la conseguenza naturale di questa fissazione di limiti?

È ciò che si vedrà immantinenti, e dopo la stessa disposizione dell'art. 558, se il terreno, di cui trattasi nella contestazione, appartenga o no al sig. Frenay.

Se appartiene ad esso, sarà stato impossibile al sig. Lebouteiller d'acquistarne anche il possesso annuale, poichè la legge vuole che il sig. de Frenay conservi il possesso, e che lo conservi sempre.

Se al contrario appartiene al sig. Lebouteiller, allora il medesimo lo riprenderà non solamente a titolo di semplice possesso, poichè non si può avere il possesso della cosa sua propria, ma bensì a titolo di proprietà, poichè la legge adesso glielo accorda.

La quistione adunque, come si vede, non può essere che di proprietà; non può entrare possesso alcuno in questa materia.

Quanto al secondo motivo, il signor de Frenay faceva osservare che non vi è stata mai contestazione sul punto di fatto, cioè di sapere se il terreno preteso *posseduto* è coperto dalle acque quand'esse sono all'altezza dello sbocco dello stagno; d'onde egli conchiude, che per ciò stesso l'art. 558 del Codice Napoleone non era stato applicato.

Decisione.

La Corte, attesochè sul motivo dedotto dalla violazione dell'art. 25 del Codice di procedura civile, che il Giudice di pace ha pronunciato sopra l'addimandata querela, rimettendo le parti al petitorio.

Attesochè sul motivo preso dalla falsa applicazione dell'art. 558 del Codice Napoleone, che il giudizio denunziato stabilisce in punto di fatto che Debailly ha sempre riconosciuto ch'egli non aveva giammai oltrepassata la linea segnata dalle acque, allorquando esse sono all'altezza dello sbocco del suo stagno, e che Lebouteiller nulla ha opposto in contrario; che in questo stato il giudice decidendo che il possesso allegato non poteva essere che precario, poichè la legge lo aveva sempre conservato per il proprietario dello stagno, ha fatto una giusta applicazione dell'art. 558 citato. Rigetta. — Del 23 Aprile 1811. — Corte di Cassazione. — Sezione civile (1).

(1) *Sirey*, Tom. XI. Parte I. pag. 312-314.

Da questo fatto nascono le seguenti tesi di Diritto.

L'azione possessoria non può risultare da un fatto di possesso essenzialmente riprovato dalla legge, perchè in tal caso il possesso è essenzialmente precario.

E particolarmente non può essere acquistato alcun utile possesso a pregiudizio del proprietario d'uno stagno sul terreno coperto dalle acque, quando esse sono all'altezza dello sbocco dello stagno, per la ragione che la legge conserva questo terreno al proprietario dello stagno, non ostante qualunque diminuzione d'acqua.

CAPO XXXVI.

Necessità di conoscere le particolarità della legislazione abolitiva dei diritti feudali e la natura dei diritti superstiti.

§ 212. Allorchè nei Capi II. e III. fino al VII. noi abbiamo parlato dell'abolizione dei diritti feudali a fine di conoscere quale sia la condizione delle acque nei loro rapporti alla privata proprietà, noi non abbiamo fatto altro che accennare i principii direttivi di questa legislazione riformatrice; le particolarità tanto storiche quanto legali furono ivi ommesse. Ma pensando che questo punto interessa tutti i paesi sui quali intervenne una così fatta abolizione, e nel medesimo tempo sapendo che le leggi abolitive francesi non furono uniformemente applicate alle diverse parti dell'Italia, ne deriva a noi un obbligo assoluto d'istruire i nostri lettori delle particolarità che accaddero su questo proposito, onde determinare nelle vicende delle successive legislazioni ciò che è di ragione. Allorchè una riforma viene introdotta da una data autorità, è cosa troppo naturale che nel dubbio si ricorre ad altri atti simili, fatti altrove, pensando di potere indovinare la mente del legislatore consultando ciò che egli ordinò anche in altri paesi. Ma questo criterio risulta molte volte fallace, perocchè la varietà delle circostanze deve necessariamente far variare le disposizioni legislative, specialmente allorchè il corso degli interessi e delle mire non è equilibrato. Talvolta eziandio si trova un'autorità spinta ad estremi, dai quali in tempi migliori ella suole allontanarsi, onde rimettere le cose in un corso più equilibrato. In breve: come nella privata giurisprudenza non si può estendere la legge da caso a caso, così nelle riforme non lice indovinare la mente del legislatore da ciò che egli ordinò altrove, e però la giurisprudenza riformatrice non si può per regola generale estendere da paese a paese.

Egli è per ciò che sull'argomento dell'abolizione dei diritti feudali è necessario avere sott'occhio un quadro comparativo delle due legislazioni italiana e francese, onde non cadere in abbaglio nella soluzione delle competenti questioni. Dopo ciò è necessario di rilevare nettamente ciò che è rimasto, per indi determinare i diritti competenti ai privati, risguardanti i beni particolarmente stabili. Ecco ciò che ci ha determinati ad aggiungere il Libro seguente.

LIBRO II.

DELL'ABOLIZIONE DEI DIRITTI FEUDALI, E DI CIÒ CHE È RIMASTO IN RELAZIONE ALLA PROPRIETÀ DEI BENI, E QUINDI DELLA RAGIONE DELLE ACQUE.

SEZIONE PRIMA

Parallelo storico fra le due epoche della legislazione francese intermediaria al vecchio Diritto ed al Codice Napoleone.

CAPO I.

Legislazione francese dei vecchi Dipartimenti.

§ 213. A lume dei giudici e dei giureconsulti, ai quali si presentassero questioni in materia feudale, ed i quali d'ordinario consultano la giurisprudenza delle decisioni emanate nell'Impero francese, è necessario avvertire che tali decisioni sono il più delle volte inapplicabili alle circostanze del Regno d'Italia, perchè le vicende subíte dai diritti feudali non furono spinte in Italia a quel punto al quale furono spinte in Francia. Ecco come sta la cosa.

Due epoche conviene distinguere nella legislazione francese sulle materie feudali. La prima comincia dal 4 Agosto 1789, e si estende al Luglio 1793; la seconda comincia dal Luglio 1793, e giunge fino al Codice Napoleone.

Le leggi del primo periodo si accordano tutte nella massima, che rimangano aboliti tutti quei diritti feudali, e correlativamente quelle prestazioni, le quali non avendo un *correspettivo* per parte del debitore o nel prezzo o nel possesso di un fondo, si risolvevano veramente in una mera imposta, o pubblica servitù personale, per titolo di mera dipendenza per parte del debitore, e di autorità imperativa, regale, e superiorità politica per parte del padrone.

All'opposto quando la prestazione reale o personale era dovuta a titolo di correspettivo del prezzo o del possesso di un immobile, per cui il debitore se da una parte era obbligato alla prestazione, dall'altra aveva

il godimento di una cosa; in tal caso il diritto di esigere la prestazione era conservato in favore dell'ex-feudatario fino all'affrancazione, e per correlativo era mantenuto l'obbligo nel concessionario a continuarne la soddisfazione.

§ 214. E qui conviene annotare, che si considerava come cosa indifferente che la prestazione consistesse o in danaro, o in generi, o in servigi d'uomini, di bestie, o di qualunque altra natura, purchè fosse fondata su questo titolo di correspettivo. Così, per esempio, spesso accadeva che a favore del feudatario un corpo di possessori prestar si doveva in certi giorni dell'anno a coltivare, seminare, raccogliere le derrate nei fondi del feudatario; in certi altri giorni era tenuto l'abitante a segargli il fieno ed a trasportarlo al castello, a fare la vendemmia, e cento altri servigi di questa natura (1). Benchè questa sorta di servigi non si praticasse ordinariamente fra cittadino e cittadino almeno nel *modo usitato* dai feudatarii (perchè questi avevano diritto di esigerlo anche senza correspettivo, dovechè fra i privati non si esercita che per libera convenzione e dai mezzajuoli o dai giornalieri pagati), ciò non ostante ragione voleva che allora quando tali servigi derivavano dalla condizione della concessione di un fondo, fossero mantenuti; sì perchè nulla contenevano che non fosse lecito, e sì perchè propriamente rivestivano la natura di condizione contrattuale, fondata sul reciproco diritto di proprietà, che le leggi sogliono sempre rispettare, cangiando soltanto il modo di esercitare il diritto, secondo i sistemi che in diversi tempi il legislatore stima acconcio d'introdurre.

§ 215. Considerando poi che i fondi, pei quali i possessori erano tenuti alla prestazione personale, posti in contrattazione, passavano sempre con quest'onere, il quale entrava sempre come elemento del valore, o per diminuirlo quando il fondo era gravato dal servigio, o per aumentarlo quando ne era libero; così anche col tratto del tempo sussisteva sempre un titolo rispettabile di proprietà a favore del feudatario, e niente lesivo pei contribuenti, al quale dovevasi avere riguardo nello spogliare i feudi da ogni attribuzione politica e da ogni civile superiorità.

Ecco perchè in questa prima epoca certi diritti, i quali presi isolatamente sortivano dalla sfera ordinaria dei diritti commerciabili privati e che a primo aspetto sembravano dover essere aboliti, furono conservati fino all'affrancazione, per rattemperare così i rapporti politici coi rap-

(1) *Nota bene*: questi servigi campestri sono precisamente compresi sotto il nome di *corvées*.

porti civili, l'interesse pubblico colla giustizia privata, il miglioramento della costituzione coi riguardi verso la privata proprietà (1).

§ 216. Le cose erano in questo stato, allorchè nell'anno 1793 la ragione politica fu spinta al punto di essere molte volte assorbente della ragione civile; e però con legge positiva furono aboliti anche quei diritti feudali che dalle leggi anteriori erano stati conservati, mantenendosi soltanto le rendite o prestazioni meramente private, le quali escludevano ogni carattere per sè non equivoco di feudalità.

Il raffronto delle leggi antecedenti, e specialmente di quella del 25 Agosto 1792, che tutte le racchiude e le richiama colla legge del 17 Luglio 1793 ora riportata, porrà il lettore al fatto, onde fissare la differenza fra gli effetti della legislazione della prima epoca e quelli della seconda.

1.° Detraendo ciò che vi ha di comune fra l'una e l'altra legge quanto ai diritti assolutamente *conservati*, riteniamo che le rendite di natura puramente privata, escludenti qualunque ombra di *qualità* o di *origine* feudale, non furono giammai colpite da alcuna disposizione abolitiva o infirmativa. Non sono comprese nella presente legge le rendite, i diritti sopra i frutti della terra, ed altri redditi che non appartengono in niente alla feudalità, e che sono dovuti da particolari a particolari non signori, nè possessori di feudo (dice la legge 15 Agosto 1792, art. 17).

Sono eccettuate (dice la legge 17 Luglio 1793, art. 2) dalle disposizioni dell'articolo precedente le rendite o prestazioni meramente fondiarie, e non feudali.

2.° Detraendo inoltre ciò che vi ha di comune quanto ai diritti *soppressi*, in forza dell'una e dell'altra legge, risulta che ogni carico reale o personale dovuto al feudatario, il quale si risolva pel debitore in una imposta pubblica territoriale sulle cose e sulle persone, o in una servitù reale o personale per titolo meramente signorile, alla quale il possessore o abitante nel Circondario feudale veniva obbligato dal feudatario, o dagli aventi causa da lui non a titolo di correspettivo della concessione di un fondo, ma in virtù della semplice superiorità feudale, risulta, dissi, abolito senza indennità, e liberatone l'abitante o il possessore dell'immobile.

3.° Rimane ora il punto *differenziale*. Per vedere in che consista, conviene consultare la detta legge 25 Agosto 1792, e precisamente gli articoli 5. 6 e 7, ai quali si concentra tutto l'oggetto della differenza.

(1) La conferma di questa osservazione risulta dalla lettura degli Atti dell'Assemblea nazionale della notte dei 4 Agosto 1789, e dei giorni consecutivi, in cui furono fissati, discussi e sanzionati gli articoli della legge che porta questa data. (Veggasi il *Moniteur*)



Art. 5 (dice la legge): Tutti i diritti feudali e censuali utili, tutti i redditi signorili annuali in denaro, grani, polli, cera, derrate o frutti della terra, pagati sotto la denominazione di censi, ricognizioni, livelli feudali, capo-casale, rendite signorili od enfiteutiche, diritto di prelevazione sopra i frutti della terra (1), ventesimo diritto sopra la terra, diritto d'aratro, canone, concessione di terreni a condizione di piantarvi degli alberi e delle vigne, *soété*, decime infeudate in quanto appartengono alla natura dei redditi feudali o censuali, e conservate indeterminatamente dall'art. 2 del tit. 3. del Decreto 15 Marzo 1790; tutti quelli fra i diritti conservati dagli art. 9. 10. 11. 17. 24 e 27 del titolo 2. del medesimo Decreto, e conosciuti sotto la denominazione di fuoco, camino, fuoco acceso, fuoco morto, focolari, monteggio, borghesía, comiato, porto di cani, canile, aggnato e guardia, residenza o diritto di comparizione, concessione di asilo, mantenimento delle clausure e fortificazioni dei borghi e castelli, polverío, sbandimento del vino, esclusione del vino, ristagno, censi in commenda, regalo, regalía o dono gratuito, protezione, salvamento o salvaguardia, diritto di dominio ed ispezione sopra le vie pubbliche, diritto di marca, di pesi e misure, di mina, moggio, condotta, vendita, decimo sui pesci, pugnuolo, gombetta (2), colletta, solita usanza, sestiere, uso di coppello o coppa, coppa, coppello, quarteruolo, sesteruolo, segatura, tavolato, annagio, scanno, scannaggio, diritto di cantara, pesi e misure, banalità (3) e servigi personali; quelli fra i diritti conservati dagli art. 6 e 14 del tit. 1. del Decreto 13 Aprile 1791, e conosciuti sotto il nome di diritti di mandra a parte, di pascolo nelle possessioni non chiuse, di magro pascolo; i diritti di busca, di colletta, di ventesimo o di *tàche*, non menzionati nei precedenti Decreti; e generalmente tutti i diritti signorili tanto feudali che censuali, conservati o dichiarati redimibili dalle leggi anteriori, qualunque sia la loro natura e la loro denominazione, anche quelli che potrebbero essere stati ommessi nelle dette leggi o nel presente Decreto, insieme con tutte le bonificazioni, pensioni e prestazioni qualunque che li rappresentano; sono *aboliti* senza indennizzazione, *a meno che non venga provato aver essi per motivo una*

(1) *Champat* ou *agrier* ou *terrage*. Antico diritto dei feudatarii di levare al tempo delle messi dai campi soggetti a questo carico una certa qualità di grano ed altre derrate e prodotti di un terreno fruttifero pria che il possessore disponesse di quanto potea spettargli. (Alberti Sup.)

(2) *Bichenage*. Diritto che pagasi sui grani che vendonsi al mercato. (Vedi Alberti *Dict.*)

(3) *Banalités*. Diritto di forno, mulino, torchio ec., cioè di obbligare gli abitanti del Circondario feudale a servirsi del mulino, forno ec. del feudatario. (Vedi Alberti)

Nota bene: la legge 5 pratile, anno 6., abolì assolutamente questa specie di diritti senza indennità.

concessione primitiva di fondi, qual detto motivo non potrà essere stabilito che in quanto si troverà chiaramente ennunciato nell'atto primordiale d'infeudazione, d'accensimento o d'affitto con censi, il quale dovrà essere presentato.

Art. 6. Attesochè, a tenore dell'art. 5 qui sopra, le decime infeudate, in quanto appartengono alla natura dei redditi feudali o censuali, sono soppresse senza indennizzazione, a meno che si possa provare che *sono il prezzo d'una concessione* primitiva di fondi, e che in quest'ultimo caso gli obbligati devono riscattarle essi medesimi, conformemente alle disposizioni dell'art. 14 del Decreto 23 Ottobre 1790, non v'è luogo contro la nazione ad alcuna indennizzazione per motivo della soppressione delle altre decime infeudate signorili e laicali che non hanno mai potuto perdere il carattere primitivo d'imposta, neppure per motivo delle rendite che le rappresentavano.

Art. 7. I pedaggi provvisoriamente eccettuati dalla soppressione dell'art. 5. del titolo 2. del Decreto 15 Marzo 1790, sono egualmente aboliti senza indennità, a meno che gli in addietro signori non provino per mezzo dei titoli della loro primitiva creazione, che sono la rappresentazione o la compensa d'una proprietà, il di cui sagrificio è stato fatto alla cosa pubblica (1).

§ 217. Da questi articoli risulta, che tutte queste rendite e diritti non furono conservati che *condizionatamente*, vale a dire semprechè consti espressamente dell'unica causale di essere un *correspettivo* della concessione primitiva di un fondo posseduto dal debitore della rendita medesima. Non verificandosi questa condizione, essi sono per massima generale aboliti.

Che cosa ha fatto la legge posteriore del 1793? Essa altro non ha fatto, che rendere senza effetto la condizione apposta per la conservazione di siffatti diritti, e quindi gli ha aboliti *anche nel caso supposto* che essi siano o correspettivo o condizione della cessione di un fondo.

Ciò ha luogo non solamente nel caso che la rendita o diritto signorile sussista nella sua primitiva forma, ma anche nel caso che *sia convertita in prestazione* di natura diversa, come sarebbe un servigio personale convertito in rendite pecuniarie, o in derrate, una banalità convertita in una prestazione in danaro o in generi (2).

---

(1) Vedi la traduzione ufficiale delle leggi pubblicate nei Dipartimenti del 27 e 28 divisione militare, relativamente alla soppressione dei diritti feudali, pag. 67. 69. 71, da cui fu tratto questo testo.

(2) Su di ciò si può consultare la decisione



§ 218. Quali furono le conseguenze di questo passo ulteriore? Eccole:

1.° Che i fondi caricati di queste prestazioni o servigii rimasero bensì liberi presso del possessore dai carichi signorili, ma *in forza della sola abolizione*, e senza l'attributo di ALLODIALITÀ conferito dalla legge non fu tolta la reversabilità del fondo medesimo al padrone primitivo, perocchè la funzione della legge abolitiva dell'onere non era *translativa* di proprietà, come opportunamente osservò il sig. Merlin, e fu più volte deciso dalla Corte di Cassazione dell'Impero.

2.° Che il criterio per decidere se la rendita o la prestazione dovesse considerarsi mantenuta o abolita, non si potè più desumere dalla circostanza se essa avesse per causale la concessione di un fondo, ma bensì si desumeva tanto dal carattere *proprio* ed *originale* di signorile o di privata, avuto riguardo al diritto vigente all'epoca della fondazione del diritto medesimo. E siccome un diritto od una rendita di carattere anche privato poteva essere stabilita per *autorità veramente signorile*, nè lo stabilimento della medesima in sè stesso era esclusivo del diritto feudale che si riconosceva dalla clausola di *ricognizione* annessa all'atto (1); così non escludendosi la clausola primitiva *puramente signorile*, si pronunciava l'abolizione della rendita di qualità anche privata, quando si trovava *congiunta* o *mescolata* col titolo costitutivo di diritto veramente feudale e puramente signorile.

Il Decreto della Convenzione nazionale del 7 ventoso, anno 2., è positivo su questo punto (2).

§ 219. Il criterio giudiziale pertanto riposa sulla massima, che ogni fondo si deve presumere *de jure libero*, a meno che non consti espressamente, per titolo positivo *contrattuale di privata proprietà*, essere

---

della Corte di Cassazione dell'Impero, del 7 messidoro, an. 12., pronunciata dietro requisitoria del sig. Merlin per interesse della legge. *Questions de droit*, art. *Rentes foncières*, § 7. pag. 598-599. Nota bene: questa decisione, che versa sulla prestazione d'una rendita rappresentativa della *banalità* d'un molino di un feudatario, fu applicabile anche al già Regno d'Italia, nel quale tale diritto fu abolito dalla legge 5 pratile, anno 6., senza indennità.

(1) Rammentiamoci che l'essenza del fondo consisteva nel *vincolo della fedeltà*, e correlativamente nella ricognizione del *dominio* di sovranità secondaria. Spingendo le cose alla loro origine, questo dominio di sovranità, sia primaria, sia secondaria, si risolveva realmente nel diritto dell'occupazione militare fatta dai conquistatori Franchi, Borgognoni, Ripuarii ec., i quali in ultimo occuparono, sottomisero e tennero l'impero delle diverse parti del territorio francese. Esso non avendo altro fondamento che quello della forza, e non della convenzione, ed essendosi internato fino a violare i diritti della privata proprietà, si pensò ad una reintegrazione di questi diritti giusta i principii del Diritto naturale privato e delle genti.

(2) Vedi Merlin, *Questions de droit*, art. *Rentes foncières*, § 9.

stato il fondo assoggettato al peso di una rendita o di un diritto cadente nel privato commercio. Questo criterio dunque suppone:

1.° Che la qualità della rendita o del diritto sia in sè stessa veramente privata, e cadente di natura sua nel privato commercio.

2.° Che sia introdotta per privata autorità, o almeno non dipenda da titolo puro o misto di signoria feudale *attiva* sui contribuenti.

§ 220. Mancando l'una o l'altra qualità, si pronuncia l'abolizione. Così, per esempio, se la rendita o il diritto cadeva sui beni compresi entro il Circondario feudale, entro il quale il feudatario esercitava un *diritto attivo* di feudalità sui possessori ed abitanti, e da questi la sola qualità *passiva* di dipendenza dall'infeudante; siccome questa circostanza induceva una presunzione territoriale di signoria, così rendeva per lo meno presuntivamente feudale il titolo originario dello stabilimento della rendita o diritto verso del feudatario, e quindi doveva aver luogo, in forza delle nuove leggi, la regola legale della libertà del fondo dall'imposto carico, benchè vestisse l'apparenza di privata proprietà, perchè non constava che tale carico fosse introdotto in forza di un formale contratto privato: circostanza che doveva constare a fronte della contraria presunzione (1).

Viceversa perchè una rendita *per sè non feudale* era nelle mani di un feudatario, purchè non fosse connessa o dipendente da alcun titolo espresso o presunto signorile, non ne veniva la conseguenza ch'essa fosse per ciò solo feudale, perchè il feudatario poteva benissimo possederla anche a titolo privato (2).

§ 221. La prova del fin qui detto risulta dalla lettura della lunga serie delle decisioni pronunciate in questa materia, d'altronde sottile e perplessa per la mescolanza appunto dei titoli pubblici, ossia signorili e privati, che spesso si collidevano. A lume per altro dei lettori, e per un esempio, si può consultare la celebre e classica decisione della Corte di Cassazione dell'Impero del 4 Luglio 1809, corredata dei pareri del Consiglio di Stato dell'Impero, riportata qui. Essa è feconda di molte massime di competenza e di diritto, come si vedrà, non solamente nella materia feudale, ma nella materia di competenza risguardante specialmente la garanzia delle alienazioni fatte dal Governo. È osservabile ciò che il parere dichiarativo del 14 Marzo 1808 sui *transfert* (3) emanò in questa

(1) Vedi Merlin, *Question de droit*, art. *Rentes foncières*, pag. 643.

(2) Decisione della Corte di Cassazione dell'Impero, del 3 piovoso, an. 10, presso Merlin, *Quest. de droit*, art. *Rentes foncières*, § 10. pag. 644.

(3) Che cosa sia questo *transfert* si può rilevarlo dal parere interpretativo dell'Impero

circostanza. Quanto ai feudi, chi di più bramasse d'istruirsi sulla giurisprudenza relativa colla legge del 17 Luglio 1793, consulti le quistioni di Diritto del sig. Merlin, art. *Rentes foncières.*

CAPO II.

Decisione giudiziaria di massima.

§ 222. In conferma ed a schiarimento delle cose sopra osservate, noi riportiamo una classica decisione. Da essa si rilevano le seguenti tesi:

I. Sono riputate feudali ed abolite le rendite stabilite a perpetuità, quando nei titoli si trovi qualche mescolanza di feudalità.

II. Avvi mescolanza di feudalità:

1.° Se il contratto fu costituito a titolo di feudo.

2.° Se il concedente si riservò la SIGNORIA DIRETTA, i laudemii, ed il diritto di prelazione (Fra Salomone e Belot).

FATTO.

Il Prevosto ed il Capitolo della chiesa collegiale di S. Ursanne, diocesi di Basilea, ebbero da tempo immemorabile la signoria ed il diritto di esercitare giustizia nella città e prepositura di S. Ursanne.

Il Vescovo di Basilea ne era il Principe dominante, e di più il protettore, guardiano, difensore, e gran giustiziere.

La città di Courteduox ed il territorio di questa città rilevavano da questa signoria e formavano una delle sue dipendenze.

Il Vescovo di Basilea ne aveva l'alta giustizia e l'alta signoria. Egli stesso era feudatario e vassallo dell'Imperatore d'Allemagna, signore infeudante, tanto per ciò che riguardava il vescovado e le sue dipendenze, quanto i beni particolari del Vescovo.

Nel 1745, il giorno 29 Gennajo, il Prevosto ed il Capitolo di S. Ursanne, autorizzati dal Superiore ecclesiastico, diedero in feudo a Giovanni Bailli de Courteduox:

---

francese, approvato dall'Imperatore il dì 14 Marzo 1808 colle seguenti parole: « Il convient de faire une distinction entre la vente d'un domaine national, et le transfert d'une rente. »

« La vente d'un domaine national ne se fait qu'après des affiches et publications qui avertissent tous les intéressés. »

« Le transfert d'une rente est consommé, sans que le particulier réputé debiteur en ait pu avoir aucune connoissance. »

Conviene annotare che la rendita inscritta sul gran libro del debito pubblico, cedendosi dal proprietario ad altri, costituiva con ciò un *transfert*.

1.° Una terra denominata S. Bartolommeo, situata nel territorio di Courteduox, signoria di Porentruy.

2.° Un soldo e quattro denari a feudo ereditario sopra le Cheçal, tenimento di Hauz.

Ecco i principali termini e le principali clausole di questa concessione in feudo.

= Noi Prevosto ec. abbiamo lasciato, imprestato e *dato a censo* puramente, perpetuamente, incominciando dal giorno d'oggi a perpetuità, pei maschi solamente e per un solo possessore, a Giovanni Clandio Bailli di Courteduox, signoria di Porentruy, una terra di nostra pertinenza, della quale il detto Bailli si dichiarò aver buona e sufficiente cognizione, per averne goduto tenendola in affitto.

Colle condizioni, atti e riserve:

1.° Di pagare a noi ed a' nostri successori una rendita annua e perpetua di 29 misure di frumento, altrettante di avena, e tre libbre di pesce. La detta rendita dovrà somministrarsi a S. Ursanne.

2.° Tutte le volte che il direttario si cambierà, sia colla morte del reverendissimo sig. Prevosto del nostro Capitolo, o del possessore della detta terra, o per qualunque modo ch' essi venissero a mancare, il concessionario dovrà presentarsi avanti di noi e del nostro Capitolo, e riprendere da noi la detta terra, e pagarci per ciascheduna ripresa lire 8, e far rinnovare la *lettera di feudo* in tali e simili casi.

3.° Di sopportare tutti i pesi tanto reali che personali, ed eziandio di pagare annualmente i canoni di colonia (1) a Sua Altezza; far la guardia, e prestare i servigi personali, rurali; e finalmente pagare tutto ciò che sopra la detta terra potrebb' essere imposto.

4.° Di non alienare, vendere, impegnare, permutare, ipotecare, subaffittare, nè costituire la detta terra in dote in occasione di matrimonio in tutto o in parte, nè i miglioramenti della medesima in qualunque modo e forma, senza il nostro volere, piacere, espresso consenso; e di pagarci due soldi per lira del prezzo della vendita o della cessione che ne verrà fatta.

5.° Venendo il caso che vi fosse col tratto successivo qualche difficoltà cagionata per la detta terra, allora il detto possessore, i suoi successori, e coloro che verranno dopo, saranno obbligati di *farsi giudi-*

(1) Altrimenti detta *Colonat*, e in tedesco *Meier-Recht, Erbmeir, Erbleihe, Erbcinguzer.* Vedi il Decreto imperiale del 9 Dicembre 1811, tit. 3., presso Sirey, Tom. XII. Parte II. pag. 55.

care da noi e dal nostro Capitolo, e di riconoscerci come *signori diretti della terra*. In caso d'inadempimento di una o più delle mentovate condizioni, o lasciando scadere due anni senza corrisponderci i canoni e le rendite scadute nel terzo, la detta terra ritornerà *ipso jure* nelle nostre mani a titolo di *caducità*, senza essere noi obbligati ad alcun compenso verso il detto possessore o suoi successori per li miglioramenti ch'egli avesse potuto fare. =

I beni del detto Capitolo furono avocati al Demanio dello Stato, e quindi fu venduta a Giovanni Francesco Salomon la detta terra di S. Bartolommeo in virtù di un Decreto esecutivo del 9 Agosto 1793, cogli stessi pesi, clausole e condizioni portate dalla lettera di feudo 29 Gennajo 1745.

Belot subentrò nei diritti in nome del Governo in forza di un atto di trasporto del 26 frimale, an. 11., e quindi domandò il pagamento della rendita stipulata nella lettera di feudo 29 Gennajo 1745.

Il Tribunale civile sedente a Porentruy dichiarò sotto il giorno 13 nevoso, an. 12., che la rendita reclamata era puramente *fondiaria*, ed in conseguenza ne ordinò il pagamento.

Sopra appello, questa sentenza venne confermata dalla Corte d'Appello di Colmar con sua decisione dell'8 termidoro, an. 12.

I due giudicati furono pronunciati in contumacia.

Salomon ricorse in Cassazione. I giudicati riclamati furono annullati sotto il giorno 12 Febbrajo 1806 per eccesso di potere, e per offesa portata agli atti dell'autorità amministrativa (1).

Ricorso a Sua Maestà Imperiale e Reale nel suo Consiglio di Stato.

Sopra questo ricorso ebbe luogo il Decreto imperiale 14 Giugno 1808, che dichiara i Tribunali ordinarii competenti, e senza aver riguardo alle decisioni della Corte di Cassazione rimette le parti in istato di poter ricorrere sui motivi del merito (2).

Portata così di nuovo la causa avanti la Corte di Cassazione per essere trattata in merito, il sig. Salomon ricorrente stabilì:

1.° Che il Prevosto ed il Capitolo di S. Ursanne erano signori di Courteduox e del suo territorio.

2.° Che coll'atto 29 Gennajo 1745 essi fecero una concessione en-

---

(1) Sembra che il motivo di questa decisione sia avere la Corte di Colmar giudicato dell'effetto immediato dell'atto di aggiudicazione in Salomon, e del *transfert* in Belot della rendita cedutagli dal Governo. Ma un *transfert* non è un'alienazione coperta dalla garanzia costituzionale al pari delle vendite fatte colle pubbliche solennità.

(2) Ecco un solennissimo esempio d'una decisione della Corte di Cassazione in punto di competenza di attribuzione cassata dal Re nel suo Consiglio di Stato senza previo conflitto.

fiteutica signorile, appartenente alla natura di concessione a censo, o ad una concessione enfiteutica fondiaria.

3.° E in ogni caso, che quest'atto contiene prove o segni evidenti di signoria e di feudalità.

Il sig. Belot reo convenuto sosteneva che in quest'atto non eranvi che clausole appartenenti alla concessione enfiteutica.

Ciò non ostante egli riconosceva che nella giurisdizione del Parlamento di Parigi le clausole e le espressioni contenute nell'atto del 1745 avrebbero potuto caratterizzare una concessione a censo signorile; ma che nei paesi confinanti col Reno esse non avevano la stessa significazione o la stessa estensione; che questa differenza deriva dal motivo, che nei paesi di Porentruy il Diritto romano era in vigore, e che i principii di questo Diritto in materia di enfiteusi, come pure il Diritto alemanno, erano principalmente seguiti.

Il reo convenuto invocava Despeisses per dimostrare la natura del contratto d'enfiteusi secondo il Diritto romano. Secondo questo autore, egli diceva, il contratto enfiteutico si costituisce a tempo e a perpetuità; la caducità vi ebbe luogo, ed è stata introdotta dal Diritto scritto. — Con questo contratto il signore concede i suoi fondi a qualcuno, sotto una pensione, censo o rendita annuale. Ogni persona è capace di prendere ad enfiteusi o a censo. Anche le femmine vi possono succedere, a meno che il contratto non fosse fatto a favore dei maschi, e di maschio in maschio. — S'incontra nella caducità allora quando l'enfiteuta non paga il censo al signore diretto durante due anni (leg. 2. Cod. *De jure emphyt.*). In questo caso l'enfiteuta non può dimandare il compenso dei miglioramenti da lui fatti. — Queste citazioni sono conformi, continua il sig. Belot, alla maggior parte delle clausole contenute nella concessione enfiteutica del 1745. — Esse lo sono ugualmente alla giurisprudenza alemanna sopra di questa materia.

Raudé, autore alemanno, dice al titolo *delle enfiteusi*, § 526: che i beni posseduti dai plebei in Borgogna sono stati concessi in gran parte con questo titolo, e che le enfiteusi sono considerate nell'Impero germanico in alcuni luoghi come rendite fondiarie, in altri come enfiteutiche indistintamente; e che in caso di vendita il concedente dev'essere prevenuto e preferito, e che in questo caso gli è dovuto un *laudemium*; che finalmente l'acquirente deve prendere da lui stesso un nuovo titolo.

Secondo lo stile feudale della Corte di Porentruy, si dava lo stesso nome di *feudi* alle concessioni puramente enfiteutiche: *feuda impro-*

prie dicta, *pure emphyteutica*. Una decisione pronunciata da questa Corte li 10 Febbrajo 1806 decide, egli diceva, la quistione attuale.

Così il reo convenuto non ravvisava nel contratto del 1745 che clausole usitate nelle concessioni enfiteutiche. Dunque niun segnale di feudalità o mescolanza di feudalità.

Egli si prevaleva inoltre di una transazione del 1492, colla quale il concedente avrebbe rinunciato ad ogni diritto di *giustizia*.

Decisione.

Visto l'art. 1. della legge 17 Giugno 1792, che colloca i diritti di *rilievo* nel numero dei diritti soppressi senza indennità.

E l'art. 1. della legge 17 Luglio 1793, che sopprime ugualmente senza indennità ogni prestazione in addietro signorile.

Visto il parere del Consiglio di Stato 13 messidoro, an. 13., approvato da Sua Maestà il 28, così concepito:

« Il Consiglio di Stato, sopra rimessione che a lui fu fatta da Sua » Maestà di un rapporto del Ministro delle Finanze, e di un progetto di » Decreto tendente a dichiarare mantenute le rendite a prestazione di » frutti mescolati di censo signorile portante laudemio, multa e signoria, » dovuta dagli abitanti del Comune d'Arbois, in virtù di titolo di censo » con consenso degl' individui, che si pretese avere ingiustamente presa » *la* qualità di signori. »

« Considerando che allorquando il titolo costitutivo della rendita non » presenta alcuna ambiguità, quello al quale questo titolo è opposto non » può essere ammesso a sostenere ch'egli non avea signoria. »

« Considerando che tutte le disposizioni legislative, ed in ultimo luo» go il parere del Consiglio di Stato 30 piovoso, an. 11., hanno consa» crato la soppressione di tutte le rendite, di qualunque natura possano » essere stabilite, con titoli costitutivi di rendite signorili e diritti feudali » soppressi col Decreto 17 Luglio 1793. »

» È di parere non potersi adottare il progetto presentato dal Mi» nistro. »

Il Decreto imperiale 23 Aprile 1807, pronunciato in occasione delle rendite provenienti da concessioni fatte a titolo di censo annuo e perpetuo, importante laudemii, rendite, ritenzioni, ed ogni altro diritto censuario e signorile, quantunque l'Abazia di san Benigno di Dyon non possedesse i detti terreni a titolo di feudo, e ch'essa non avesse alcun diritto di signoria, il quale « considerando che le rendite, delle quali trat» tasi, sono affette di feudalità per la loro mescolanza con diritti di lau-

» demio, ed altri soppressi dalle leggi; che dietro il parere del 13 mes-
» sidoro, an. 13., approvato da noi, non havvi luogo ad esaminare se i
» detti religiosi possedevano i fondi a titolo signorile, pronuncia la sop-
» pressione senza indennità di queste rendite. »

Ed il parere del Consiglio di Stato del 17 Gennajo 1809 fu approvato li 2 Febbrajo seguente (1).

Visto parimente il parere dell'8 Aprile, pronunciato per l'in addietro paese di Porentruy (2), il quale, attesochè le enfiteusi perpetue ivi annunciate sono accordate dai concedenti a titolo di feudo sotto riserva della signoria, e colla stipulazione del laudemio in caso di mutazione, opina che « le enfiteusi esistenti nell' in addietro Porentruy, ed alle quali
» si riporta la decisione ministeriale 23 fiorile, an. 11., sono comprese
» nell'abolizione della feudalità, e che le disposizioni del parere del dì
» 2 Febbrajo a loro sono applicabili. »

Ed attesochè dalle disposizioni di queste leggi, combinate colle dis-

---

(1) Il Consiglio di Stato, il quale, dietro rimessione ec. sopra i reclami dell'amministrazione degli Ospizii d'Aix, tendente a far interpretare il parere del 7 Marzo 1808, approvato da Sua Maestà.

Visto il detto parere, unitamente ai Decreti imperiali 17 nevoso, an. 13., 13 messidoro, an. 13., 23 Aprile 1807; i Decreti imperiali e i pareri del Consiglio di Stato, approvati da Sua Maestà, relativi alle feudalità.

È di parere che il reclamo degli Ospizii d'Aix non è fondato, attesochè le rendite perpetue stabilite col mezzo di documenti che portano nello stesso tempo sia stipulazione di laudemii o semi-laudemii, sia riserva di signoria diretta, sono compresi nelle abolizioni senza indennità pronunciate dalle leggi anteriori, qualunque sia la denominazione del titolo, la qualità della persona, a favore della quale le rendite sono state stabilite. Che il presente Decreto sarà inserito nel Bollettino delle leggi (approvato per ciò che riguarda il caso particolare li 2 Febbrajo 1809).

(2) Il Consiglio di Stato, il quale, dietro rimessione ordinata da Sua Maestà, ha udito il rapporto della Sezione delle Finanze sopra quello del Ministro di questo Dipartimento, tendente a fare stabilire sopra i reclami dei Podestà delle Comuni di Valle Belmonte, e della Prepositura di Mortier-Grandvil, contro una decisione ministeriale del 23 fiorile, an. 11., che autorizza l'amministrazione dei Demanii ad intentare azione pel pagamento degli arretrati delle rendite affette ai beni dati in *enfiteusi nell'addietro Vescovado di Basilea, ed il paese di Porentruy.*

Visto il parere del Consiglio di Stato dell'8 Marzo 1808, approvato da Sua Maestà li 14 di detto mese, unitamente alle leggi abolitive della feudalità.

Visto parimente il parere del 17 Gennajo 1809, approvato da Sua Maestà li 2 Febbrajo seguente, relativo ai reclami degli Ospizii d'Aix sulle rendite di questa natura.

Considerando che i titoli aggiunti ai reclami delle dette Comuni presentano enfiteusi *perpetue*, stipulate dai concedenti a titolo *di enfiteusi* la *riserva della signoria*, e con stipulazione di *laudemio* in caso di mutazione.

È di parere che le enfiteusi esistenti nell'in addietro Vescovado di Basilea e nella Provincia di Porentruy, ed alle quali si riporta la decisione ministeriale del 23 fiorile, anno 11., sono comprese nell'abolizione della feudalità, e che le disposizioni del parere 2 Febbrajo ultimo a loro sono applicabili.

Dell'8 Aprile 1809, approvato li 13 del detto mese.

posizioni di questo Decreto imperiale, e del parere del Consiglio di Stato, debitamente approvati, pronunciati in via interpretativa, risulta evidentemente che tutte le rendite enfiteutiche stabilite a perpetuità con titoli che portano in sè stessi sia diritti di laudemio in caso di mutazione, sia riserva di signoria diretta, sono anche nell'in addietro paese di Porentruy, come in tutti i paesi dell'antica Francia, comprese nell'abolizione della feudalità, qualunque sia la denominazione del titolo, o la qualità di colui in favore del quale queste rendite sono stipulate.

Attesochè la rendita enfiteutica compresa nel contratto 29 Gennajo 1745, e della quale trattasi, è di questo genere, ed in fatto:

1.° Essa è dichiarata a perpetuità.

2.° Essa contiene una riserva di signoria, poichè sottomette il concessionario all'obbligazione di riconoscere il concedente come signore diretto della terra gravata di questa rendita.

3.° Essa è accompagnata da un diritto di laudemio, poichè il concessionario si obbliga a pagare un diritto di due soldi per lira del prezzo della rendita o cessione da lui fatta.

Attesochè inoltre si stipulò in questo contratto un diritto di rilievo, poichè il concessionario si obbliga, a cangiamento di mano per morte o per qualsivoglia altro titolo, di riprendere questa terra nel termine di sei settimane dalle mani del concedente, e di pagare ad ogni ripresa 8 lire, e di rinnovare allora la lettera di feudo.

Attesochè il concessionario di più si obbliga per sè e pe' suoi successori di essere giudicato dal concedente ogni volta che all'occasione di questa terra nasca contestazione.

E che da questa sommissione risulta che il concedente aveva un diritto di *giustizia* sopra questa terra, la di cui esistenza, al bisogno, sarebbe attestata con sentenza arbitramentale del 1486, congiunta ai documenti, ed invocata dal ricorrente, diritto eminentemente feudale, e come tale compreso nell'abolizione del regime feudale.

Attesochè se, come pretende il reo convenuto, col soccorso di una transazione del 1492, posteriore a questa sentenza arbitramentale, ma la di cui forma potrebbe essere censurata, il Capitolo di S. Ursanne ha allora rinunciato ad ogni diritto di giustizia sul territorio in cui è situata la terra sulla quale è affetta questa rendita, ne risulterebbe allora che il Capitolo avrebbe usurpato nel 1745 questo diritto di giurisdizione che aveva cessato di appartenergli, e si sarebbe con ciò arrogato un dovere feudale, del quale non aveva diritto alcuno; ciò che basterebbe, secondo il parere del Consiglio di Stato, approvato li 28 messidoro, an. 12., ed

il Decreto imperiale 23 Aprile 1807, per far cadere questa rendita nella soppressione della feudalità.

Atteso finalmente che da tutto quanto sopra ne segue, che la rendita enfiteutica di cui trattasi, se non signorile di sua natura, almeno mescolata con diritti e doveri feudali, è compresa in ogni caso in questa soppressione.

E che la decisione impugnata confermando puramente e semplicemente la sentenza, della quale eravi appello che aveva dichiarato questa rendita puramente fondiaria, ha evidentemente violate le leggi, come pure il Decreto imperiale ed il parere del Consiglio di Stato sopra riportati.

Per questi motivi la Corte cassa ed annulla la decisione pronunciata li 8 termidoro, an. 12., dalla Corte d'Appello sedente a Colmar, in favore di Belot; rimette le parti nello stesso stato, ordina la restituzione della multa ec., rimette le parti in istato d'appello avanti la Corte d'Appello sedente a Metz.

Fatto e giudicato all'udienza, ec.

Del 4 Luglio 1809. — Corte di Cassazione, Sezione civile. — Relatore Babille. — Concl. Daniel sostituito Procuratore generale (1).

CAPO III.

Quando e come sia stato abolito il regime feudale presso di noi.

§ 223. Esaminando la legge 5 pratile, an. 6. (24 Maggio 1798), nell'art. 16, noi veggiamo che in allora si suppone abolito il regime feudale colla locuzione *ai già feudi.* Quando adunque quest'abolizione si può considerare eseguita? Si risponde, che ciò fu fatto implicitamente ed esplicitamente colla prima costituzione repubblicana, pubblicata il 12 messidoro, an. 5. (30 Giugno 1797). Implicitamente, perchè il regime feudale era incompatibile col regime repubblicano in allora stabilito; esplicitamente poi coll'art. 352 della stessa costituzione, con cui si dichiara che « non esiste fra i cittadini alcuna *superiorità*, fuorchè quella » dei funzionarii pubblici, e relativamente all'esercizio delle loro fun- » zioni. » Qui, come ognun vede, la costituzione non parla di distinzione e di onorificenze, ma di *vera superiorità* imperativa. Questo è così vero, che affermando essa di non riconoscere altra superiorità che quella che deriva da pubbliche funzioni (che consiste appunto nel governare, giudicare, ec.), essa dà a divedere di avere in mira una superiorità impera-

(1) Sirey, Tom. IX. Parte I. pag. 387-391.

tiva. Qui dunque è manifesto che la costituzione va direttamente contro al regime feudale, e precipuamente ha in mira il regime feudale, il quale appunto importava non solamente una *distinzione onorifica* di nobiltà, ma una reale *superiorità* civile e politica pei diritti giurisdizionali e regali che assoggettavano le persone e le cose all'impero dei feudatarii.

§ 224. Questa disposizione non abbisogna di commento; e se ella abbisognasse di conferma, si farebbe osservare che, secondo la proclamazione del Generale in capo Bonaparte, posta in fronte alla stessa costituzione, la repubblica francese, col dare la costituzione cisalpina, diede la sua propria costituzione. « Le Directoire exécutif de la republique » française .... donne au peuple cisalpin sa propre constitution, le ré» sultat des lumières de la nation la plus éclairée de l'Europe » (dice il detto proclama).

§ 225. Posta questa circostanza, siccome ognun sa che il primo oggetto non solamente della costituzione repubblicana francese, ma eziandio del primo regime misto, durante l'assemblea nazionale, si fu l'abolizione del regime feudale, e lo scioglimento dei vincoli lineari ed immobiliari, come viene comprovato dalle leggi del 1790 e 1791, anteriori al Governo rivoluzionario; così evidentemente risulterebbe che l'oggetto precipuo del riportato articolo della costituzione cisalpina fu appunto l'abolizione del regime feudale, ed il mantenimento perpetuo della sola superiorità annessa al solo Governo ed alle magistrature che lo compongono.

§ 226. La premessa disposizione fu letteralmente ripetuta nelle successive costituzioni; talchè essa formava nel Regno d'Italia un principio fondamentale della costituzione sotto la quale viveva. Non esiste fra i *cittadini* alcuna superiorità, fuori che quella dei funzionarii pubblici, e relativamente all'esercizio delle loro funzioni (dice l'art. 345 della costituzione del 15 fruttidoro, an. 6. (1.° Settembre 1798). La costituzione non riconosce altra superiorità civile, fuori di quella che nasce dall'esercizio delle pubbliche funzioni (dice l'art. 116 della costituzione di Lione del 22 Gennajo 1802).

§ 227. Ciò premesso, consta indubitatamente che l'epoca dell'abolizione del regime feudale deve contarsi dal 30 Giugno 1797, e quest'abolizione deve considerarsi costantemente mantenuta senza restrizione.

§ 228. La detta legge 5 pratile, an. 6., si deve pertanto considerare come la prima legge applicatrice e dichiaratrice degli effetti di quest'abolizione, postochè essa si riferisce (com'essa si esprime) ai già feudi, e dichiara come aboliti, con indennizzazione o senza, alcuni diritti annessi ai medesimi, e mantenuti certi altri.

CAPO IV.

Effetti generali dell'abolizione del regime feudale d'Italia.

§ 229. Accertato questo primo fatto dell'abolizione, rimane a vedere quali ne siano gli *effetti* legali, sia fra i possessori dei beni una volta feudali e l'ordine civile; sia tra i possessori dei beni stessi e i terzi privati, che avevano contratti vincoli reali o personali verso i feudatarii; sia finalmente tra i possessori stessi e il Demanio dello Stato, tanto pei vincoli di reversione, ai quali i beni feudali possono essere stati originariamente sottoposti, quanto per qualunque pretesa d'indennità per quei diritti che potessero essere stati acquistati a titolo oneroso dai primi investiti. La risposta a questa domanda sta in parte nella legge 5 pratile, e compendiosamente nel Decreto seguente.

1.° « La giurisdizione, i diritti di privativa, i dazii, e i diritti regali » d'ogni natura annessi ai fondi, o per qualunque altro titolo posseduti » o esercitati sì dai Comuni che dai privati, sono e s'intenderanno avo» cati al Demanio. »

2.° « I beni e le rendite feudali, indipendenti dall'esercizio di un di» ritto regale, rimarranno presso i possessori attuali, conservate per ora » le obbligazioni inerenti ai detti beni tanto a favore dei chiamati, che » dello Stato. »

Il tenore di questo Decreto, puramente limitato all'abolizione, abbisogna di complemento. Consideriamo ciò che fu fatto dappoi.

SEZIONE II.

Dell'abolizione del regime feudale, e delle affezioni legali dei beni conseguenti nel cessato Regno d'Italia.

CAPO V.

Che cosa fosse il feudo, e qual è l'aspetto che può formare oggetto delle nostre ispezioni.

§ 230. La parola *feudo*, secondo le sue diverse applicazioni, riceve sensi diversi. Talvolta si applica al *soggetto materiale*, fatta astrazione da qualunque legale attribuzione; ed allora indica una terra, un castello, un circondario, ec. In questo senso dicesi che il vassallo ha *aggiunto*

qualche cosa al feudo (come dice il Lib. XI. tit. 8. *E contrario delle consuetudini feudali*).

Talvolta si applica al *titolo legale*, ossia alla *convenzione* o all'atto di erezione del feudo; ed allora significa il *modo* col quale si concede e rispettivamente si acquista l'ente feudale. In questo senso la parola *feudo* viene assunta nel Lib. I. tit. ult. in fine *Dei feudi*, Lib. XI. tit. 3. ibid.

Finalmente d'ordinario si assume per significare il *diritto* appartenente all'*investito* o feudatario sopra le cose a lui concedute. In questo senso il feudo viene definito: « jus quod dominus soli, vel ejus rei quae solo » aequiparatur (1), alteri in eo pro beneficio concessit sub lege fidelitatis » et servitii. »

§ 231. Questa definizione del celebre Voet viene commentata da lui nella seguente maniera: « Pro genere ponitur jus et quidem tale, quod » vel contractu vel ultima voluntate induci potest; nec perperam appel- » latur jus utilis dominii, quod a domino in vassallum transfertur, ac » plerumque ad haeredes vassalli transit; in quo ab usufructu stricte » accepto distat, quamvis feudista latius accepto usufructus vocabulo, » scripserit feudum esse beneficium, quod ex benevolentia ita datur, ut » proprietas quidem rei immobilis beneficiatae penes dantem remaneat, » usufructus vero transeat, ut ad eum haeredesque ejus masculos (quan- » doque et foeminas) in perpetuum pertineat, ad hoc ut ille et ejus hae- » redes fideliter domino serviant. *Lib. II. Feudor. tit.* 23. *circa fin.* Re- » liqua definitionis verba ex post dicendis satis suam habebunt explica- » tionem » (2).

§ 232. Il celebre Dumolin, l'oracolo francese della giurisprudenza feudale, definisce il feudo: « benevola, libera et perpetua concessio rei » immobilis, vel aequipollentis, cum translatione utilis dominii, proprie- » tate retenta, sub fidelitate et exhibitione servitiorum. » Egli rimarca che la qualità precipua e caratteristica dell'atto feudale consiste nella condizione della *fedeltà*. « Feudi.... substantia in sola fidelitate, quae est » ejus forma essentialis, consistit. Caetera vero dependent a pactis et te- » nore investiturae. » Dal che ne viene, che tolta questa condizione, cessa per ciò stesso il feudo, ossia la parte morale per cui questo ente artificiale esiste, e non rimane che il complesso dei diritti ordinarii di reale proprietà.

§ 233. La seconda dimanda proposta si è: quale sia la *specie* di feudo che può formare oggetto delle attuali nostre ispezioni. — A questa do-

(1) Cioè un fondo stabile o un diritto immobiliare. — (2) Voet *ad Pandect.* Tom. V. Lib. XXXVIII. tit. 19.

manda noi risponderemo col seguente passo del sig. Merlin. « Il contratto » d'infeudazione si formava in due modi: per *oblazione* o per *tradizione*. » Si faceva per oblazione allorchè il proprietario di un fondo libero o al- » lodiale ne faceva omaggio al Re, ad un Principe, ad un signore qual- » unque, e lo riceveva in seguito dalla sua mano, sotto condizione di te- » nerlo da lui a titolo di feudo. »

« Si faceva per *tradizione*, allorchè un Re, un Principe, un signo- » re qualunque staccava dal suo proprio patrimonio un fondo, conce- » dendolo ad un particolare, affinchè questi lo tenesse da lui in feudo, » e gliene rendesse omaggio. »

« Nel primo caso si formava ciò che appellasi *feudo di oblazione*, » ossia *feudo oblato*; nel secondo caso il feudo veniva chiamato *feudo* » *di tradizione*. »

« Ma sì nell'uno che nell'altro caso si poteva stipulare nel contrat- » to, che il feudo non sarebbe trasmesso che alla linea agnatizia, all'agna- » zione del primo investito; e che, estinta questa linea, il feudo ritorne- » rebbe al Re, Principe o signore infeudante. »

« Questa stipulazione in Alsazia, in Alemagna ed in Italia era usi- » tatissima nelle creazioni dei feudi di tradizione; e questa stipulazione » era conforme al principio, che ciascuno ha diritto d'imporre alla sua » cosa quella tal condizione che più gli piace. »

« Questa stipulazione di rado accadeva nelle creazioni dei feudi *obla-* » *ti*. E ciò era ben naturale. Il proprietario libero ed incommutabile, che » del suo fondo faceva omaggio al signore da lui scelto, voleva bene con » ciò assicurarsi un protettore; ma sottoponendo a questo prezzo le sue » proprietà, doveva pensare a conservarle, e ben lontano era dalla sua » intenzione di sottoporle verso il suo signore ad un diritto di *riversione*, » che ne avrebbe private le sue proprie figlie, i loro discendenti e le figlie, » come pure i discendenti delle figlie de' suoi figli maschi. Ciò non ostan- » te hannovi esempii di feudi oblati creati sotto questa condizione. Tali » furono segnatamente in Francia i Ducati, nell'erezione dei quali non » era stato derogato all'editto del mese di Luglio 1566, e all'art. 279 » dell'Ordinanza di Blois del 1579, secondo i quali niuna terra non po- » teva essere decorata di questo titolo eminente, se non coll'obbligo che » all'estinzione della linea mascolina del primo possessore i beni dei » quali questa terra era composta ritornerebbero ed apparterrebbero al » Demanio della Corona » (1).

---

(1) Merlin, *Repertoire*, art. *Reversibilité des fiefs*.

§ 234. Oltre queste due specie o generi consueti di feudi, s'incontrano talvolta i *feudi emptizii*, ossia comprati. Questi consistevano in beni immobili od immobiliarii, cioè in rendite acquistate con prezzo dai Governi, coll'obbligo della prestazione di fede e di omaggio all'infeudante. È per sè chiaro che questi rivestono la condizione dei feudi *oblati;* perocchè la loro proprietà mediante la compra viene resa tutta propria dell'acquirente, come negli oblati. Per la qual cosa essi non potevano di loro natura essere soggetti alla ordinaria reversione dei *traditi*.

§ 235. Se ci occorresse di disputare del diritto feudale, o di cose secondo il diritto feudale, noi dovremmo entrare in altre specificazioni. Ma dovendo noi attenerci ai soli rapporti che riguardano il *dominio* dei beni e le loro *disponibilità*, bastar debbono queste distinzioni. Riducendo adunque la cosa a stretti termini, noi dobbiamo considerare due sole specie di feudi, cioè i *traditi* e gli *oblati*, o *simili agli oblati*. Ora si domanda quali mutazioni abbiano subíto rispetto alla proprietà, e però che cosa sia rimasto, e quale sia la condizione nella quale sono stati posti dalla legislazione del cessato Regno d'Italia.

§ 236. Per rispondere adeguatamente a questa domanda conviene distinguere due aspetti principali. O noi consideriamo la cosa fra il feudatario e i cittadini, o noi la consideriamo fra l'infeudante e il feudatario. Se la consideriamo nel primo rapporto, noi dobbiamo dire essere stati i feudatarii spogliati d'ogni imaginabile diritto *signorile*, qualunque fosse l'indole del feudo del quale furono investiti; e non essere loro rimasto che il diritto di percepire quelle prestazioni le quali sono proprie dei privati, e per titolo puramente privato, come sopra è stato fermamente dimostrato. Se poi consideriamo la riforma nei rapporti fra l'infeudante e il feudatario, per ora io dico e sostengo che i beni sono diventati *allodiali* e *trasmissibili* per comune eredità negli attuali possessori, riserbandomi a discutere l'articolo della *reversibilità*.

§ 237. La prima parte di questa tesi da tutti i conoscitori della materia fu ammessa senza disputa. Il solo punto sul quale fu eccitato dubbio fu quello della *reversibilità* de' beni dei feudi *traditi*. Ma questo dubbio verrà tolto di mezzo colla piena discussione che si eseguirà più sotto. Ad ogni modo per istruire pienamente i nostri lettori sopra un articolo troppo capitale anche per la servitù dell'acquidotto, noi esamineremo la riforma legislativa risguardante i feudi nei rapporti fra l'infeudante e l'infeudato. Ecco l'aspetto che formar deve l'oggetto delle attuali nostre ispezioni.

CAPO VI.

Dell'allodialità dei beni feudali acquistata dai possessori.

§ 238. Fu detto che in forza della fatta riforma i beni feudali anch *traditi* diventarono *allodiali*. Questa allodialità fu operata e dichiarat tanto in principio quanto in fine della fatta riforma. E per provare que sta proposizione si osservi quanto segue. Nel rapporto fatto dal Comitat di feudalità alla prima assemblea nazionale nel dì 8 Febbrajo 1790 leg gesi il seguente passo:

« Sans contredit, en détruisant le regime féodal, vous n'avez pas en » tendu depouiller de leurs possessions les propriétaires des fiefs, mai » vous avez changé la *nature* de ce biens; affranchis désormais des loi » de la féodalité, ils sont demeurés soumis à celle de la propriété *fon* » *cière;* en un mot, ils ont cessé d'être fiefs, et sont devenus de vérita » bles *alleux* (1). »

Si noti bene che questa legge del 15 al 28 Marzo 1790 fu ritenut come ferma nella formazione del Codice Napoleone, come si proverà pi sotto parlando della qualità libera ereditaria dei feudi. Da ciò si vede ch cosa fu operato nel principio di questa riforma. L'allodialità fu sostituit al vincolo; il carattere privato e comune al semipubblico e privilegiato il commerciabile all'impegnato.

§ 239. Ora veggiamo che cosa sia stato dichiarato in fine. Qui si as sume in considerazione la legislazione civile comune alla Francia ed al l'Italia già *perfezionata* ed *attivata*. L'epoca si è quella della fine del 1811 Un Decreto imperiale del 9 Dicembre di quell'anno 1811 si esprime co me segue: « La loi ne reconnaît que de biens *allodiaux*. En *conséquen* » *ce*, tous les fiefs situées dans l'étendue de trois Départemens, quell » qu'en soient leur nature et leur denomination, soit qu'il relévassen » précédemment des souvrains étrangers, soit que le domaine directe e » appartienne à des particuliers, qu'ils soient fiefs immediats ou arrieré » fiefs, sont convertis en *franc-alleux*, et affranchis de tout devoir, e » de toute sujétion résultant du lieu féodal, *de manière que les posses* » *seurs les puissent librement aliéner ou hypothéquer.* »

§ 240. Esaminiamo ponderatamente il tenore di questo Decreto. Du cose conviene distinguere qui. La prima si è la *dichiarazione di massi ma;* la seconda l'*applicazione* di questa massima. Qui incomincia co

---

(1) Merlin, *Repertoire*, art. *Des fiefs*, § 6.

dire: « la legge non riconosce che beni *allodiali.* » Ecco una dichiarazione di fatto legislativo o positivo universale applicata a tutti i paesi nei quali domina la legge di cui si parla qui. Questa dichiarazione non è nè di circostanza, nè di limitazione; ma è perpetua, ed assunta in tutta la sua integrità.

§ 241. Ma qual'è la forza dell'*allodialità* riconosciuta e pronunciata dalla legge? Il Decreto stesso risponde, e risponde in massima. « En conséquence tous les fiefs etc. sont convertis en franc-alleux de manière » que les possesseurs les puissent librement aliéner ou hypothéquer. » Che cosa leggiamo qui, fuorchè la dichiarazione del diritto dell'allodialità compartita dalla legge ai beni primi feudali? Qui il senso è espresso, limpido, letterale, e senza equivoco. Qui si dichiara espressamente che l'*allodialità* importa lo scioglimento da qualunque vincolo, dimodochè i possessori dei beni li possono liberamente alienare od ipotecare. La legge, io lo ripeto, dice l'articolo, non riconosce che beni allodiali. Dunque essa prosegue: questi beni sono divenuti liberi negli attuali possessori, e talmente liberi, ch'essi li possono liberamente alienare od ipotecare. Qui l'autorità del Governo non esercita un atto di volontà, nè un atto di eccezione pei tre Dipartimenti di cui parla, ma esercita un atto di *pura applicazione* della legge di già esistente. E nell'atto di esercitare quest'applicazione essa emana un'autentica interpretazione della intesa allodialità, e dei diritti contenuti ed attribuiti in forza della stessa allodialità.

§ 242. Forsechè l'autorità che parla qui era incompetente, secondo le costituzioni, ad emanare simili dichiarazioni? No certamente; perocchè l'autentica interpretazione della legge fu formalmente attribuita all'autorità del Governo, che ne aveva anche l'iniziativa. Ciò è notorio, e leggesi a caratteri cubitali nelle emanate costituzioni. Forsechè in questo Decreto si restringe a dichiarare che i feudi ivi mentovati saranno resi liberi nella sovra espressa maniera, senz'altro aggiungere? Lungi dal commettere questa restrizione, ivi anzi professa di non praticare che un'applicazione di una legge antecedente, già comune agli altri Dipartimenti. E quel che è più forte ancora, ivi dichiara quale sia la forza e la estensione di questa legge già vigente negli anteriori Dipartimenti dell'Impero.

§ 243. Ma così è, che questa legge dell'allodialità era comune anche al Regno d'Italia sì per costituzione, che per l'attivazione del Codice civile. Dunque la detta allodialità nei termini e modi ed estensione sovra ricordata si effettuò anche nel cessato Regno d'Italia. Dunque conside-

rando i beni fra l'infeudante ed il feudatario, essi divennero così proprii e così liberi negli attuali loro possessori, ch'essi li poterono liberamente alienare od ipotecare. Sono queste le espresse e letterali attribuzioni dichiarate in massima dal detto Decreto. Dunque dopo l'attivazione della legislazione civile i possessori dei feudi anche *traditi* dell'Italia acquistarono un diritto liberissimo di proprietà, dimodochè poterono, come possono, liberamente alienarli ed ipotecarli. E siccome (come sopra fu già osservato) i diritti quesiti in forza di legge sono conservati intangibili, così anche in oggi i già feudatarii sono padroni liberi ed incommutabili dei beni suddetti.

§ 244. E qui osservar si deve che il Demanio dello Stato ha praticato una formale *cessione* ed un vero e stretto contratto, pel quale non si potrebbero senza ingiuria spogliare gli attuali possessori della proprietà libera acquistata per questo titolo. L'equità stessa ed un senso di umanità consigliava di accordare qualche cosa di correspettivo ai feudatarii spogliati dei diritti lucrativi ed onorifici in favore della comune dei cittadini. Un interesse grande di Stato persuadeva quindi una specie di ristoro pei sacrificii dolorosi che un'equa riforma era forzata d'imporre ai già feudatarii medesimi, i quali essendo pari figli e confratelli nello Stato, non conveniva assoggettare ad un iracondo democratismo.

§ 245. Comunque sia la cosa, e qualunque fosse il motivo impellente, egli è certo e costante che l'atto contrattuale fra il Demanio o il Fisco pretendente, ed i feudatarii investiti, fu praticato nella sovrespressa maniera, e per conseguenza un diritto irrevocabilmente quesito acquistarono i feudatarii alla piena e libera proprietà e disponibilità dei beni profettizii dal Demanio, dimodochè senza ingiustizia non potrebbero esserne ora spogliati.

CAPO VII.

Continuazione e conferma.

§ 246. Forsechè taluno avvisar vorrebbe un privilegio d'*inalienabilità* proprio ai *pubblici* diritti, onde contrastare questa sentenza? Quanto male si apporrebbe ricorrendo a questo mezzo! Prima di tutto io risponderei, che consultando la *natura* dei beni feudali anche nel diritto loro antico, essi non rivestivano il privilegio dei *diritti pubblici inalienabili*, ma quello di semplicemente *fiscali* o *demaniali* soggetti a *prescrizione*, e fino alla *consolidazione* del diretto dominio coll'utile. In secondo luogo poi sopra è stato provato che niun bene riesce di *sua*

natura pubblico, ma egli è reso tale solamente per la *destinazione* e l'*uso* designato dall'autorità pubblica. Ma così è che i beni feudali quanto alla destinazione e all'uso non erano certamente pubblici. Dunque rimaneva ch'essi non potevano essere che puramente *fiscali*, o di derivazione o di dominio diretto fiscale, e nulla più. Dunque secondo le legislazioni tutte, sì vecchie che nuove, sia passate che presenti, non poterono rivestire mai il privilegio d'*inalienabilità*, proprio dei pubblici diritti.

§ 247. E qui per confermare questa conseguenza, e per dimostrare eziandio la proposizione della *fiscalità pura* anche *originaria* dei beni feudali di cui sopra, io fo osservare che secondo il Diritto stesso anteriore si poteva a favore dell'infeudato verificare l'allodialità mediante la consolidazione del diretto coll'utile dominio; e ciò per *espresso* o per *tacito consenso*. Per *consenso espresso* allorchè interveniva una formale dichiarazione del concedente; per *tacito* allorchè l'investito « in possessione feudi constitutus domino directo servitiorum aut fidelitatis praestationem exigenti eamdem recusaverit bona fide, dum se *plenum* putabat esse dominum, et ex illo recusationis tempore triginta anni ex praescripto Juris feudalis praeterlapsi sint (1). »

§ 248. Un altro caso annoveravasi, pel quale a pro dell'infeudato accadeva la consolidazione del diretto coll'utile dominio, e quindi diveniva libero ed assoluto padrone del bene conceduto; e questo caso si era quello della mancanza del padrone diretto senza successori, ai quali fosse stata promessa la fede e l'omaggio nell'investitura. « Ex parte domini directi, si is moriatur nullis directi dominii successoribus relictis. Licet enim vulgo fiscus ob defectum haeredum in bona defuncti allodialia succedat, tanquam *vacantia*, tamen in feudalibus CONTRASERVATUR; quippe in quibus hoc quoque casu magis proprietas seu directum dominium cum utili consolidatur, adeo ut qui ante vassallus fuerat, nunc talis esse desinat; et rem, quam antea jure feudi tenebat, nunc pleno dominii jure incipiat possidere, quasi haec tacita domini directi feudum concedentis voluntas fuerit, quod sibi quidem directum maluerit servare dominium, et in eo vassallo praeferri, sed tamen vassallum illud habere maluerit, quam fiscum spe retinendi sibi suisque per mortem absque successore supervenientem perempta, uti fere ratiocinatur Imperator in § 1. Instit. *De donationibus* » (2).

(1) Voet *ad Pandectas*, Lib. XXXVIII. tit. 19. *Arg.* Lib. II. *Feudorum*, tit. 26. § 4 in principio *Junct.* § 3. Lib. II. tit. 87. — Rosenthal *De feudis*, Cap. VI. Concl. 82-83. —Vultejus *De feudis*, Lib. I. Cap. IX. n.° 19.

(2) Voet *ad Pandectas*, Lib. XXXVIII. tit. 19. — Vultejus *De feudis*, tit. 1. Cap. II. n.° 6-7 et seq.

§ 249. Per questi motivi egli è più che manifesto che, lungi che nel Diritto *originario* feudale si considerassero i beni come inalienabili, o come affetti del carattere di vera pubblicità, pel quale fossero resi inalienabili od imprescrittibili, consta per lo contrario che i detti beni venivano riguardati come puramente fiscali, e però suscettibili di tutte le affezioni del Diritto civile privato. Dunque ben lungi che questa qualità potesse ostare alle riforme introdotte colla francese ed italiana legislazione, essa si prestava intieramente a tutte le transazioni dei beni originariamente fiscali e puramente demaniali, e quindi tali beni caddero in contrattazione puramente civile. Dunque ne viene la irrefragabile conseguenza, che la dichiarazione di allodialità fatta in forma pubblica, solenne ed autentica come sopra, si deve assumere come un contratto di sua natura incommutabile, ed una convenzionale concessione del *diretto dominio*, dal quale prima erano affetti i feudi traditi. Dunque pieni e liberi proprietarii incommutabili furono resi gli attuali possessori dei beni feudali medesimi.

CAPO VIII.

Della qualità libera ereditaria acquistata dai beni feudali.

§ 250. A fine di convincersi che presso di noi i feudi hanno contratta questa seconda qualità, conviene consultare la ragione, e la disposizione delle leggi. Consultando la ragione, è chiaro che, ammesso una volta il principio indubitato, che l'immobile coll'abolizione del regime feudale sia divenuto un bene semplicemente patrimoniale, egli soggiace necessariamente a tutte le condizioni dei beni patrimoniali e liberi, e quindi all'ordine successorio comune ai medesimi.

§ 251. Più ancora: se i beni feudali si possono per contratti fra vivi alienare ed ipotecare, con più forte ragione essi sono suscettibili di essere trasmessi per titolo ereditario non solamente fra tutti i membri d'ambo i sessi della stessa famiglia, ma eziandio a successori estranei. A chiunque non è ignaro dei primi elementi della civile giurisprudenza questa conclusione apparirà irrefragabile. La successione ereditaria libera è una conseguenza inseparabile dalla piena e libera *disponibilità* dei beni, ossia del pieno e libero dominio dei beni medesimi. Ma così è, che i beni feudali furono dichiarati pienamente disponibili, come sopra fu veduto, per parte degli attuali possessori. Dunque ne viene per accessorio e correlativo anche il diritto della loro qualità libera ereditaria.

§ 252. La forza di questa illazione è così irrefragabile, che anche i sostenitori stessi della reversibilità al Fisco non l'hanno potuta contrastare,

ma solamente hanno tentato di conciliarla col vincolo della reversibilità medesima. Ciò si vedrà più sotto, allorchè tratteremo di proposito la quistione della reversibilità. Qui frattanto, per non ritardare l'esposizione del punto della qualità libera ereditaria, soggiungeremo le disposizioni positive della legge su questo proposito. Io parlo della legge stessa delle successioni ereditarie.

§ 253. Considerando questa legge, troviamo quanto segue. La legge dell'Assemblea francese 15 Marzo 1790, tit. 1. art. 11, relativa ai feudi, si esprime come segue: « Tous priviléges et nobilité de biens étant dé» truits, les droits d'*aînesse* et de *mascolinité* à l'égard de fiefs, domai» nes, et alleux nobles, et les *partages inegaux* à raison de la qualité » des personnes, sont abolis. » In quest'articolo, come ognun vede, si pronuncia lo scioglimento dei beni feudali dai vincoli di *primogenitura* o di *agnazione*, e questo scioglimento è espresso come conseguensa dell'abolizione del carattere feudale annesso ai beni medesimi. Posta questa base, ognun vede che nella formazione della legge civile sulla successione se ne doveva necessariamente tener conto, e quindi far entrare i beni in addietro feudali nell'*asse libero* delle eredità dei cittadini. Ciò fu diffatti eseguito, come consta dai motivi annessi al Codice Napoleone nei seguenti termini.

« L'Assemblée constituante régarda comme une de ses prémiers dé» voirs de faire cesser tous ces priviléges odieux, qui ne resultaient que » de la primogéniture, ou de la différence des sexes ou de la féodalité » des biens, ou de la seule volonté de la loi. »

« Dès le 15 Mars 1790 elle prononça l'abolition de toutes inégali» tés résultantes des lois féodales, et le 15 Avril 1791 elle prononça » l'abolition de toutes celles qui résultaient entre toutes sortes de per» sonnes, et à l'égard de toutes sortes de biens, soit de la différence de » sex, soit de la primogéniture, soit des exclusions, coutumières. »

« Ainsi les descendens d'un même père, les parentes de la même li» gne, égaux par la nature, dévinrent égaux en droits par la loi. »

« CETTE DISPOSITION, TRIBUNS, SE TROUVE CONSIGNÉE DANS LE PROJET » DE LA LOI QUI NOUS DISCUTONS, et sans doute elle obtiendra votre as» sentiment unanime » (1).

§ 254. La semplice lettura di questo passo dimostra che colla legge del 16 Marzo 1790 furono tolti i vincoli lineari annessi ai beni feudali, come conseguenza dell'abolizione del regime a cui erano soggetti, e col-

(1) *Motifs, rapports du Cod. civ.* Tom. IV. pag. 199. Edit. chez Firmin Didot.

l'altra legge del 1791 furono tolti gli altri vincoli lineari successorii sopra qualsiasi altra sorta di beni. Il relatore del Tribunato annunzia essere state conservate queste due disposizioni, e, quel che più importa, essere state riposte nel Codice in tutta la loro forza e rapporti. Limitandoci per ora alla prima, risguardante le successioni feudali, noi troviamo l'abolizione dei vincoli successorii tanto fra maschio e maschio per ragione di primogenitura o di vocazione speciale, quanto fra maschi e femmine per differenza di sesso. In breve, noi troviamo ogni vincolo lineare successorio tolto di mezzo, e stabilito l'ordine ereditario comune.

§ 255. Ma se questa è la disposizione del Codice Napoleone, consacrata particolarmente dagli art. 732 e 745; se il Codice Napoleone fu presso di noi la legge vigente; egli è per sè stesso dimostrato essere in forza del medesimo stati aboliti i vincoli lineari feudali, e sottoposti i beni all'ordine successorio generale.

§ 256. Questo fu pure il senso attribuito dalla Corte di Cassazione dell'Impero ai citati articoli nel pronunciare sull'ordine successorio dei livelli di patto e provvidenza, che in questa parte sono perfettamente pareggiati ai beni feudali spogliati dell'antico carattere; dimodochè l'applicazione particolare di detti articoli ai livelli di patto e di provvidenza altro non è che un'applicazione del principio generale, che assoggetta ogni altra sorta di beni all'ordine successorio nuovamente introdotto (1).

CAPO IX.

Dell'epoca dell' abolizione dei vincoli ereditarii nel cessato Regno italiano, e della sua estensione.

§ 257. Qui sorge un'ispezione, e questa consiste nel ricercare da qual'epoca contar si debba presso di noi l'abolizione dei vincoli lineari, mentre è cosa indubitata che colla pubblicazione del Codice Napoleone ogni vincolo lineare successorio fu tolto universalmente, sia nelle semplici eredità private, sia nelle successioni dei beni feudali, di beni enfiteutici, e generalmente di qualunque altro bene ch'entra a formar parte del patrimonio d'un defunto.

§ 258. La risposta a questa quistione si presenta spontaneamente, considerando tanto la disposizione espressa, quanto i motivi generali della legge 6 termidoro, anno 6.

(1) Decisione della Corte di Cassazione dell'Impero del 3 Novembre 1807, che si può vedere tanto presso il sig. Merlin, art. *Emphitéose*, pag. 429 a 534; quanto in Sirey, Tom. VIII. Parte I. pag. 62.



« Considerando (dice questa legge) che non è consentaneo ai prin» cipii di un ben regolato Governo repubblicano il tollerare quei vincoli » che impediscono la libera contrattazione dei fondi, che sono sorgenti di » moltiplici litigi, e che importano l'ineguaglianza di fortuna tra' figli di » uno stesso padre, per la sola accidentale circostanza di essere l'uno » prima dell'altro comparso alla luce. »

« Considerando che sommamente ripugna ai principii suddetti il la» sciar sussistere le differenze che nascono dai diversi statuti nella mate» ria di successioni.... »

Si decreta:

» Art. III. Dalla pubblicazione della presente legge si dichiara an» nullato qualsivoglia vincolo fedecommissario in oggi vigente sotto qual» sivoglia denominazione, tanto in forza di disposizione tra vivi, quanto » di ultima volontà, e le sostanze vincolate s'intendono fatte libere nella » persona dell'attuale possessore, che ne potrà tosto disporre come d'ogni » altra sua sostanza.... »

« Art. IX. Si dichiarano abolite ed annullate tutte le leggi, costitu» zioni, statuti e consuetudini state finora osservate nei diversi luoghi » della repubblica, che negli oggetti determinati dalla presente legge por» tino una diversa disposizione, o che siano in qualunque modo contra» rie a quanto in questa legge viene ordinato. »

§ 259. Qui, come ognun vede, la legge non si restringe solamente ai rapporti civili, ma abbraccia i rapporti tutti pubblici e privati. « Non è » consentaneo (dice la detta legge) *ai principii d'un ben regolato Go*» *verno repubblicano* il tollerare que' vincoli che impediscono la libera » contrattazione dei fondi, e che importano l'ineguaglianza di fortuna » tra i figli d'uno stesso padre. » La prima parte di questa dichiarazione evidentemente si riferisce all'interesse e all'ordine pubblico; la seconda si riferisce all'interesse dei successibili fra di loro, locchè appartiene all'ordine civile.

§ 260. Quanto poi alla parte dispositiva, il legislatore non si restringe a statuire sopra i fedecommissi di famiglia, ma contempla *qualsivoglia vincolo fedecommissario* in allora vigente, *sotto qualsivoglia denominazione* (parole della legge). Si domanda qui se il vincolo lineare feudale fosse vincolo fedecommissario o no, e se cadesse sotto qualche denominazione, specialmente in un tempo nel quale indubitatamente i beni prima feudali si trovavano allora fra la classe dei semplici beni patrimoniali, come sopra si è dimostrato. L'affermativa non soffre controversia.

§ 261. Invano contro questa osservazione si vorrebbe opporre che i beni feudali costituivano una classe a parte, regolata con vedute di pubblico Diritto, e perciò sottrarre si vorrebbero dalla disposizione della detta legge 6 termidoro; imperocchè considerando lo stato della legislazione vigente a quel tempo, e considerando che i beni una volta feudali in allora si trovarono ridotti alla condizione di beni patrimoniali, nulla ostava che la legge 6 termidoro non potesse ricevere la sua plenaria applicazione anche pei detti beni feudali.

§ 262. Ma suppongasi per un momento che la legge 6 termidoro mirasse soltanto ai beni totalmente privati, e che i beni feudali dovessero essere regolati con rapporti di Diritto pubblico: ne verrebbe forse la conseguenza che i vincoli *lineari* fossero stati conservati per il solo motivo che una legge di ordine civile non operò sui medesimi, benchè esistesse la identità di motivo?

§ 263. Questa quistione si ridurrebbe al mero punto della *competenza* della legge, restringendola entro una sfera sola di rapporti, come appunto si suol fare delle disposizioni del Codice Napoleone, le quali si applicano convenientemente alle materie civili, e non a quelle di pubblico Diritto, benchè esister possa un'identità di motivo.

§ 264. La risposta decisiva a questo dubbio vien fatta con un articolo costituzionale, il quale certamente dubitar non si può non essere applicabile tanto ai rapporti privati, quanto ai pubblici; e per conseguenza non abbisognando noi che di una mera *estensione* della disposizione della legge, pone fuor di dubbio che la legge stessa opera tanto nei rapporti di Diritto pubblico, quanto nei rapporti di Diritto privato. Ora domando se lo scioglimento dei vincoli lineari sia stato o no pronunciato come principio eminente di costituzione. La risposta è fatta dall'art. 347 della costituzione dell'anno 6., la quale combinandosi colla legge 6 termidoro, forma una irrefragabile decisione. « Nelle successioni dirette (di» ce) la legge non conosce distinzione tra i figli tanto maschi che fem» mine. » Ma così è, che i vincoli lineari o di agnazione o di primogenitura stabiliscono essenzialmente queste distinzioni non volute dalla legge, e proibite anzi dalla costituzione medesima: dunque con articolo solenne costituzionale tali vincoli furono aboliti anche prima del Codice Napoleone e colle leggi sopra mentovate in qualsiasi sorta di beni e in qualunque successione verificabile nelle famiglie.

§ 265. Per la qual cosa, avuto riguardo tanto alla condizione nella quale i beni feudali si ritrovarono dopo l'erezione del Governo repubblicano, quanto alla sfera dei rapporti contemplati dalle leggi allora ema-

nale, consta indubitatamente che il vincolo lineare successorio di detti beni fu abolito colla legge 6 termidoro, anno 6.; e i beni spogliati del carattere feudale furono assoggettati all'ordine comune di successione in allora ristabilito, cioè a quello del Diritto romano, riattivato dalla legge 6 termidoro, e dal detto art. 347 della costituzione dell'anno 6.

SEZIONE III.

Esame della quistione: se pei beni de' feudi traditi, malgrado la legislazione civile italiana, sia rimasto in vigore il vincolo della reversibilità.

CAPO X.

Necessità assoluta di trattare qui della reversibilità feudale.

§ 266. Sulla quistione in cui trattasi di sapere se, malgrado la legislazione francese ed italiana, sia rimasto nel suo vigore il vincolo della reversibilità dei beni de' feudi traditi al Demanio ossia al Fisco, io venni, son già parecchi anni, nella sentenza del sig. Merlin, del quale or ora riporterò gli argomenti. Ma ponderando più esattamente le cose, io sono costretto a mutare di opinione, come lo stesso sig. Merlin fatto avrebbe s'egli non avesse scritto molti anni prima del Decreto del 9 Dicembre 1811. Ad ogni modo siccome trattasi di una quistione infinitamente importante non solamente pei possessori de' beni una volta feudali traditi, ma di tutti gli altri che contrassero od acquistarono *servitù attive* contro di essi, io sono obbligato a discutere di proposito la quistione di questa reversibilità, onde stabilire una norma di ragione nelle quistioni della servitù dell'acquedotto. Era principio adottato dal vecchio Diritto feudale, che una servitù reale potevasi bensì imporre sopra un feudo tradito soggetto a reversione; ma nello stesso tempo si pronunciava, che nel caso del *ritorno* del feudo medesimo la servitù veniva *tolta*, e restituite le cose nel loro pristino stato. « Ad haec servitutis realis impositio per vassal» lum sine domini voluntate recte fit, hactenus scilicet ut sibi noceat, » non vero ut domino obsit: quippe ad quem feudum, quandoque aper» tum, liberum reversurum est, etiamsi per longissima tempora servitutis » fuisset exercita. » (Lib. II. *Feudor.* tit. 8. vers. *rei autem*) (1).

§ 267. Posta questa regola, qual'è la conseguenza che balza agli occhi di ognuno? Questa si è, che il ritorno del bene feudale al padrone

---

(1) Voet *ad Pandectas*, Lib. XXXVIII. tit. IX. n.° 91. *Digressio de feudis.* — Ritterhusio *De feudis*, Lib. II. Cap. II. n.° 9. 10. 11.

diretto forma un titolo pel quale si toglie *ipso jure* la servitù passivamente contratta. Sussistendo adunque il titolo della reversibilità, si dovrebbe necessariamente computarlo fra una delle cause per le quali si toglie o cessa la servitù dell'acquedotto. Col trattare adunque il punto capitale della reversibilità si tratta la quistione se sussista ancora il titolo originario feudale, pel quale si può togliere la servitù passiva dell'acquedotto, e quindi privare molti e molti acquirenti del beneficio della condotta delle acque, acquistato anche collo sborso grandioso di denaro, o con altri sacrificii di riguardo.

§ 268. Imperfetta riuscirebbe la trattazione del nostro argomento, se noi trasandassimo qui di discutere a proposito la quistione suddetta. Dall'altra parte poi volendo noi procedere senza ostacoli ad esporre il diritto *vigente* senza l'*intralcio* del diritto *transitorio*, il buon metodo esige di esporre qui le dottrine direttive; e ciò tanto più, che il diritto abolitivo avendo operato pienamente, e senza che sia necessario di entrare in alcuna modalità, rende per ciò stesso spedita e definitiva la soluzione della proposta quistione. Un sì od un no categorico, ecco la risposta unica che deve risultare dalla conveniente discussione.

CAPO XI.

Esposizione dell' opinione del sig. Merlin.

§ 269. A fine di procedere con ordine e con piena cognizione di causa, noi esporremo in prima gli argomenti addotti dal sig. Merlin a sostegno della reversibilità dei beni feudali traditi. Ecco le di lui parole:

« Trattasi della reversibilità d'un feudo di tradizione? Le cose si » presentano sotto un altro aspetto. »

« Che fece il Re, il Principe, il signore, che concedendo un immo- » bile, del quale era proprietario, per essere tenuto da altri in feudo, si » riservò il diritto di riprenderlo in caso dell'estinzione della discendenza » mascolina del concessionario? Egli usò semplicemente della facoltà, che » le leggi romane lasciavano a qualunque donatore (come l'art. 951 del » Codice ha egualmente stabilito), di stipulare la reversione degli og- » getti ch'egli dona, nel caso della morte del donatario e de' suoi di- » scendenti. »

« Ora che cosa àvvi di feudale in una stipulazione di questa natura? » Egli è lo stesso che domandare cosa vi abbia di feudale in una facoltà » di ricupera riservata dal possessore di un fondo nel contratto di vendita » che dal medesimo viene fatto. »

« Non è il regime feudale che introdusse queste sorta di clausole; » l'uso esisteva anche prima delle instituzioni dei feudi, ed ai medesimi » sopravvisse. Tali clausole vennero impiegate negli atti relativi ai feudi, » come negli atti relativi ai beni non feudali; ma in sè stesse nulla hanno di feudale, come nulla hanno di plebeo. »

« È d'uopo adunque distinguere negli atti di concessione in feudo, » colla clausola della reversione, ciò che appartiene alla feudalità da ciò » che appartiene alla proprietà. »

« Senza dubbio, tutto ciò che in questo atto appartiene alla feudalità è distrutto; e conseguentemente l'immobile ch'è stato conceduto » per essere tenuto in feudo, sarà, nulla ostante questa condizione, posseduto come bene libero e come allodiale. Ma tutto ciò che in questi » stessi atti dipende dalla proprietà rimane sottoposto alla legge del contratto; e, per una necessaria conseguenza, nello stesso modo che l'in » addietro signore, che concedette in proprietà incommutabile, non può » pretendere che la concessione sia risoluta per l'abolizione della feudalità; così il vassallo, al quale non fu conceduta che una proprietà risolubile in un caso preveduto, non può sostenere che in forza dell'abolizione della feudalità la sua proprietà sia divenuta incommutabile. »

« Ma si dirà: le leggi che abolirono la feudalità hanno sottoposto gli » in addietro feudi alla legge comune delle successioni; esse vi hanno » chiamate le figlie di ciascun possessore, come i suoi figli maschi: esse » hanno dunque derogato al contratto d'infeudazione anche rispetto alla » proprietà; esse hanno dunque stabilito, per la trasmissione della proprietà degli in addietro feudi, una regola incompatibile colla destinazione che il signore aveva fatto dell'oggetto della sua concessione alla » discendenza mascolina del suo concessionario; esse hanno dunque distrutto il diritto di reversione, cui non si sarebbe potuto esercitare che » in conseguenza di questa destinazione, ed in mancanza di quei discendenti, a profitto dei quali questa destinazione era stata stipulata. »

« L'obbiezione è speciosa. Ma un momento di riflessione ne farà tosto scorgere l'inconcludenza. »

« Prima di tutto è d'uopo osservare che la vocazione delle figlie e » dei loro discendenti alla successione dei feudi non fu una necessaria » conseguenza dell'abolizione della feudalità, e che il legislatore avrebbe » potuto, abolendo la feudalità, mantenere per gli anteriori feudi l'ordine di successione stabilito dalle leggi precedenti. Ciò è così vero, che » anche dopo le leggi dei 4 Agosto 1789 e 15 Marzo 1790, che hanno » abolito il regime feudale, gli statuti, sotto dei quali le figlie erano escluse

» dalle successioni allorchè vi esistevano maschi, hanno conservata tutta » la loro autorità sino alla legge dell' 8 Aprile 1791, la quale fu la prima » che abolì tali statuti esclusivi. »

« Rimarchiamo in seguito (e questo è molto più decisivo), che dal» l'ammissione delle figlie alla successione dei feudi soggetti ad un di» ritto di reversione a favore dell'in addietro signore, in mancanza dei » figli maschi del primo investito, non ne può derivare veruna specie di » nocumento a questo diritto. »

« Questa verità deriva da due proposizioni egualmente incontrasta» bili: l'una, che ammettendo le figlie alla successione dei feudi in con» corso dei maschi (i quali soli vi erano stati chiamati dalle anteriori in» vestiture), la legge non ha fatto che ciò ch'era in suo potere; l'altra, » ch'essa avrebbe visibilmente ecceduti i limiti del suo potere, se essa » avesse *tolto* all'in addietro signore un diritto di *ritorno*, che fu la con» dizione fondamentale ed essenziale della sua concessione. »

« La prima di queste due proposizioni diverrà sensibilissima, se si » fa attenzione che i discendenti maschi di colui, al quale l'in addietro » signore ha primitivamente conceduto il feudo, non erano parti del con» tratto primitivo d'infeudazione; che nel detto contratto non erano in» tervenuti personalmente a stipulare; che per conseguenza essi non » avrebbero nè accettato nè potuto accettare la vocazione esclusiva che » era stata fatta a loro vantaggio; che perciò essi non avevano nè acqui» stato nè potuto acquistare con questa vocazione un diritto irrevocabile » al possesso del feudo; ch'essi non avevano acquistato nè potuto acqui» stare che una semplice *aspettativa*, e questa speranza potè essere loro » tolta con una legge posteriore, come la legge 17 nevoso, anno 2., ed il » Codice Napoleone hanno potuto togliere ed hanno tolto in fatti ai pa» renti collaterali d'una donna maritata sotto l'antico regime, colla clau» sola che una tal somma di denaro costituita in dote sarebbe propria » a'suoi del suo lato e della sua linea, l'aspettativa ch'essi avevano con » tal clausola acquistata di raccogliere questa somma nella successione » dei figli della donna, ad esclusione dei parenti collaterali del marito. »

« La seconda proposizione non è meno evidente. La reversione che » l'in addietro signore si riservò in caso della estinzione della discen» denza mascolina del suo concessionario primitivo, non è per lui una » semplice aspettativa; egli è un diritto fondato sovra un contratto, nel » quale esso intervenne come parte: questa è una condizione, senza della » quale egli non avrebbe conceduto l'immobile. La legge non può dun» que annichilarla, nè alterarla; e siccome essa non potrebbe rendere

» perpetua una concessione che l'in addietro signore avesse fatta solamente per un tempo limitato, così essa non può render pura e semplice una concessione che il concedente modificò con una condizione resolutoria; essa non può rendere immutabile nella persona del concessionario una donazione che il concedente non fece a questo che per un termine eventuale. Certamente la legge espressamente non tolse questo diritto al concedente; e posto che ciò non fece espressamente, come si potrebbe dire essere questa la sua tacita volontà? Come supporre nella legge una tacita volontà sopra un punto, sul quale essa non avrebbe potuto, senza eccedere i limiti del suo potere, manifestare una intenzione espressa? »

« Che cosa importa che per effetto della vocazione delle figlie alla successione dei feudi l'ordine di succedere segnato dal concedente si trovi turbato? Questo turbamento non nuoce punto al concedente: per lui è *res inter alios*. Dunque non si può argomentare contro di lui. Diffatti per lui è indifferentissimo che le figlie succedano o non succedano coi maschi, purchè i maschi venendo ad estinguersi, le figlie cessino di possedere; purchè allora l'immobile ritorni al concedente nè più nè meno, come se fosse stato posseduto dai soli maschi. »

« Nulla havvi dunque di comune fra il diritto dei discendenti maschi del concessionario del feudo, ed il diritto del signore concedente alla reversione dei beni compresi nell'investitura. Il diritto dell'in addietro signore al ritorno di questi beni ha per fondamento un contratto che la legge dovette rispettare, e che rispettò diffatti. Il diritto dei discendenti maschi non era che un'aspettativa non contrattuale; la legge potè obbligarli a dividere colle loro sorelle i beni ch'erano l'oggetto di quest'aspettativa, e a dividerne con esse il godimento unitamente ai maschi durante tutto il tempo nel quale esistessero essi medesimi. »

« La prova che in questa materia non si può argomentare dal diritto dei discendenti maschi a quello dell'in addietro signore, sta scritta letteralmente in una decisione della Corte di Cassazione del 23 Novembre 1807. Era stata accordata un'enfiteusi ad un particolare nell'in addietro Piemonte per lui e pe' suoi discendenti maschi fino alla terza generazione. Il figlio del concessionario aveva raccolta l'enfiteusi, ed alla fine dell'anno secondo dopo la promulgazione del titolo *delle successioni* del Codice Napoleone egli morì, lasciando due figli maschi e due figlie. Trattavasi di sapere se queste avessero diritto di dividere l'enfiteusi. La Corte d'Appello di Torino decise negativamente, per la ra-

» gione che se esse fossero state ammesse, ne risulterebbe un danno al » concedente, mentre l'esercizio del suo diritto di reversione si troverebbe » be prolungato molto al di là del tempo prefisso nella sua concessione. » Ma sopra mia requisitoria, e pel solo interesse della legge, la citata de» cisione venne cassata, attesochè nel caso sottoposto alla Corte d'Ap» pello di Torino non trattavasi di decidere la quistione se, secondo le » nuove leggi, il diritto di ritorno dei fondi enfiteutici, dietro l'estinzione » delle persone chiamate in virtù d'un titolo costitutivo, potesse ancora » aver luogo a profitto del concedente; ma trattavasi unicamente di sa» pere se il caso di ritorno preveduto dell'investitura non essendo an» cora giunto, le figlie del proprietario utile dei fondi dovevano parteci» pare coi loro fratelli alla successione nei detti beni, aperta dopo che » il Codice Napoleone ha avuto forza di legge nell'in addietro Piemonte, » ec. (vedi *Enfiteusi*). »

« Egli è dunque chiaro, e chiaro più che il giorno, che nè l'aboli» zione della feudalità, nè la vocazione delle figlie alla successione dei » beni anteriormente feudali, non poterono far cessare il diritto di re» versione che gli in addietro signori si sono riservati *sui feudi di tra» dizione;* e che questo diritto può essere esercitato dall'in addietro si» gnore tutte le volte che accada il caso per il quale tale diritto fu sti» pulato: cioè a dire, relativamente agli in addietro feudi agnatizii, tutte » le volte che si estingue la discendenza mascolina del primo concessio» nario (1). »

CAPO XII.

Quale sia il vero stato della quistione.

§ 270. *Pergama defendi si possent hac dextera defensa fuissent.* Questo è un omaggio dovuto all'ingegno ed alla celebrità dell'autore, dal quale oso dissentire. Imponenti e vigorosamente esposti sono i di lui argomenti. Ma sono poi essi veramente solidi? Per non perderci in una vaga discussione incominciamo prima di tutto ad esporre il vero stato della quistione. Altro è di fatto disputare in via puramente *speculativa*, e in linea di *ragione naturale* ed *astratta;* ed altro è disputare in via *pratica*, e in linea di *ragione positiva* e *concreta*. Non si nega che in senso astratto, ipotetico e figurato conciliar non si possa la reversibilità, anche posto in disparte l'omaggio e la fede feudale; ma il punto

(1) Merlin, *Rep.* Ved. *Reversibilité des fiefs.*

consiste nel vedere se *positivamente* sia stata fatta questa lega di diritti pretesi dal sig. Merlin.

§ 271. Più ancora debbo avvertire, che coll'impiegare i vocaboli di *reversione* e di *ritorno* si usa un linguaggio legalmente inesatto ed improprio. Nella ragione feudale non può mai accadere il *ritorno* imaginato dal sig. Merlin, e da lui assomigliato a quello dell'art. 951 del Codice Napoleone; ma altro non accade, nè accader può, che la *consolidazione* dell'usufrutto colla proprietà, come viene espresso nel testo delle consuetudini feudali, e come dissero le Scuole, i Dottori e i Tribunali tutti d'accordo.

§ 272. Questa distinzione è sommamente importante sì per la proprietà delle idee, e sì per le conseguenze di diritto. Il ritorno di cui parla il Codice Napoleone riguarda i beni donati da taluno ad un altro, con condizione che se il donatario o i di lui discendenti premorissero al donatore, la cosa donata ritorni nelle mani del donante. Questo ritorno poi è tutto ristretto al caso della sopravvivenza del donante al donatario, ed alla sua discendenza. Il diritto a questo ritorno è tutto personale al donante solo, nè trasmissibile a verun altro, come spiegano anche i motivi annessi alla legge medesima (1). Per lo contrario il preteso ritorno del bene feudale all'infeudante nei casi contemplati dalle investiture, e specialmente dalla legge *costituente* i feudi, altro non è che la cessazione del godimento dei beni traditi, che può verificarsi dopo molte generazioni; godimento il quale viene *ricuperato* dall'infeudante, o dalla sua discendenza. La proprietà dello stabile o dell'immobile rimase propriamente sempre presso dell'infeudante, nè fu mai trasmessa all'investito. Questi altro non ebbe che l'usufrutto, a somiglianza dei fedecommessarii o dei padroni enfiteutici. E per parlare il comune linguaggio, ricevuto da tutta la giurisprudenza feudale, il dominio dei beni rimaneva diviso così, che l'*utile* veniva goduto dall'investito e dalla sua discendenza, ed il *diretto*

(1) Il donante potrà stipulare la *reversibilità* degli effetti donati tanto nel caso della premorienza del donatario solo, quanto del donatario e de' suoi discendenti.

Questo diritto non potrà stipularsi che a beneficio del solo donante. Art. 951 del Codice Napoleone. « On distinguait autrefois le » retour légal et le retour conventionnel. Le » retour conventionnel sera seul autorisé. Il » devra être stipulé; il ne pourra l'être qu'au » profit du donateur seul; il sera *incommu-* » *nicable et non transmissible :* ce retour » pourra être stipulé, soit pour le cas où le » donataire viendrait à prédécéder le dona- » teur, soit pour le cas où le donateur survi- » vrait au donataire et à ses descendans. »

Rapporto fatto al Tribunato dal tribuno Jaubert in nome della Sezione di legislazione sul progetto di legge relativo alle donazioni fra vivi ed ai testamenti, nella seduta del 2 fiorile, an. 11.

Code civil des Français etc. Tom. IV. pag. 347. Parigi, presso Firmin Didot, an. 12. (1804).

rimaneva sempre presso l'infeudante e i di lui discendenti. Osservinsi le definizioni allegate nel Capo V. di questo Libro, l'una del titolo 23. del Libro II. *dei feudi*, riportata anche dal Voet, e l'altra dal Dumolin; e si troverà precisamente che la *proprietà* rimane sempre presso l'infeudante, e l'utile dominio soltanto, ossia il godimento o l'usufrutto, viene solo conceduto all'investito. Lungi dunque che la piena proprietà ed il libero dominio venga trasmesso nel feudo, si effettua anzi tutto il contrario; dimodochè verificandosi le cause della devoluzione a pro del concedente, altro non ha luogo che la *consolidazione* dell'usufrutto colla proprietà nelle mani dello stesso concedente.

§ 273. Ma è forse questo il ritorno contemplato dall'art. 951 del Codice Napoleone? No certamente. Imperocchè colla donazione fra vivi tutto intiero il dominio e la proprietà viene trasmessa nel donatario. Niun parteggiamento e niun condominio si verifica fra il donante ed il donatario. Il ritorno non ha luogo che per un fatto accidentale; ed allora si devolve tutto intiero il dominio al donante, nè ha luogo consolidazione alcuna. In breve, la donazione contemplata dal Codice Napoleone non è una concessione enfiteutica come la feudale, nè il suo ritorno è una riunione dell'usufrutto colla proprietà come la feudale; ma è una transazione di tutta la proprietà, come nella piena vendita, ed una ricupera dell'intiera proprietà medesima fatta per un caso accaduto *durante la vita del donante*, e nelle mani dello stesso donante.

Questa sola circostanza frappone una importante differenza anche per l'esercizio stesso dell'autorità della legge civile; imperocchè escludendo ogni successione ereditaria, esclude ogni intervento dell'autorità pubblica nelle trasmissioni e nel ritorno della proprietà.

§ 274. Questa osservazione di puro fatto legislativo e positivo è assolutamente decisiva nella discussione della presente quistione. Imperocchè la pretesa reversibilità consiste appunto in questa consolidazione, com'è noto ed incontroverso. Ma questa consolidazione riposa essenzialmente sulla *divisione* del dominio, com'è per sè evidente. Dunque il preteso ritorno feudale riposa essenzialmente sulla divisione del dominio. Queste cose sono tanto inseparabili, che il concetto dell'una suppone la esistenza dell'altra; dimodochè, tolta la divisione del dominio, cessa necessariamente fino la possibilità stessa della feudale reversione. Consolidazione di dominio, io lo ripeto, consolidazione di dominio costituisce l'essenza logica propria della feudale reversione.

§ 275. Posto questo principio, ne nascono due irrefragabili conseguenze. La prima si è, che il ritorno feudale sì logicamente che legalmente è

del tutto *diverso* dal ritorno dei beni donati contemplato dall'art. 951 del Codice Napoleone, e per conseguenza la parità instituita dal sig. Merlin non regge in conto alcuno. La seconda conseguenza poi si è, che la reversione feudale si può combinare soltanto colla divisione del dominio, ed è essenzialmente incompatibile colla *pienezza* e *libertà* della proprietà del bene feudale presso dell'investito. Questa pienezza e libertà di dominio viene anzi assunta come un *contrapposto* essenzialmente *esclusivo* della qualità feudale, e quindi della possibilità stessa della feudale reversione. Essa è una luce che si contrappone alle tenebre, una libertà che si contrappone al vincolo, una pienezza di diritto che si contrappone alla divisione: in una parola, egli è un positivo ed un sì che si contrappone ad un negativo e ad un no.

§ 276. Volendo noi presentare il vero stato della quistione ridotto a'suoi minimi termini, quale sarà dunque l'aspetto che esaminare si dovrà? Rigettata l'analogia pretesa dal sig. Merlin fra il ritorno dei beni donati contemplati dall'art. 951 del Codice Napoleone, ed i beni concessi in feudo profettizio colla clausola della consolidazione dell'usufrutto colla proprietà, rimarrà soltanto la inspezione, = se dopo che fu cangiata la natura dei beni feudali, e loro fu comunicata l'*allodialità*, si possa e si debba, tanto in linea di ragione, quanto in linea di autorità, mantenere ancora la clausola positiva della pretesa reversione *stabilita nella investitura*. = Ecco il vero punto della quistione. Si noti bene: non si tratta di vedere se sia in astratto possibile di accoppiare l'allodialità colla reversibilità; ma bensì se, pronunciata l'allodialità, come fu fatto nella riforma della francese legislazione, si debba ritenere come tuttavia sussistente il vincolo della originaria *stabilita* reversione. Fissato così il vero punto della quistione, passiamo alla di lei discussione.

CAPO XIII.

Che in teoria la tesi del sig. Merlin presenta estremi inconciliabili, e precisamente contradittorii.

§ 277. Procedendo con un'analisi graduale in questa discussione, conviene prima di tutto distinguere i rapporti *reali* dai *personali*, racchiusi nella costituzione stessa del feudo. I rapporti *personali* si riducono tutti alla prestazione di fedeltà e di omaggio stipulata nella concessione. In questa consiste, come fu già avvertito da Dumolin, tutta l'*essenza morale* del feudo. I rapporti reali poi risguardano il dominio dei beni. L'essenza propria della concessione feudale consistendo nell'accordare il *godimento* all'investito, *ritenuta la proprietà*, fa necessariamente na-

scere rapporti reali del tutto simili agli enfiteutici, detratta la prestazione del canone.

§ 278. Quanto ai rapporti personali, il sig. Merlin accorda di buon grado che colla riforma furono del tutto aboliti; quanto poi ai rapporti reali, egli pretende che siano stati conservati. Dunque ne viene la necessaria ed irrefragabile conseguenza, che, secondo lui, sussista ancora la *divisione di dominio* stabilita colla fondazione del feudo. Dunque anche dopo la riforma ne verrebbe che la proprietà si dovrebbe considerare esistente nelle mani dell'infeudante, ed il godimento solo in mano del possessore del feudo. Questo assunto è così indubitato ed essenziale ai ragionamenti del sig. Merlin, che tolto di mezzo, cade tutta la serie de' suoi argomenti. Diffatti essi riposano unicamente sul *fatto* dell'originario contratto d'infeudazione, considerato *soltanto* ne' suoi rapporti *reali*. Qualunque alterazione che si volesse introdurre in questo fatto distrugge il titolo originario della concessione, e sostituisce un altro fatto, sul quale non è più possibile fondare verun diritto quesito anteriore. In breve, il fatto *originario* della feudale concessione è così inalterabile, che senza la di lui integrità cessa ogni conseguenza di diritto che trar si vorrebbe dalla originaria concessione. Ammessa diffatti la facoltà di alterare gli originarii rapporti legali puramente contrattuali, risguardanti il dominio ed il godimento dei beni, si possono ugualmente sostituire migliaja e migliaja di altre condizioni che l'imaginazione può partorire. Questo è ancor poco. Ammessa questa libertà, il primo contratto, dal quale si vogliono dedurre i diritti conseguenti, non sussiste più. Un nuovo contratto vien figurato, e però i pretesi diritti quesiti, sia da una parte, sia dall'altra, vengono annientati, e tolto viene pur anche il soggetto della quistione.

§ 279. Ma posta l'*integrità* della originaria concessione feudale, risguardante i beni, qual'è la conseguenza che ne nasce per la tesi sostenuta dal sig. Merlin? Veggiamola.

1.° È cosa di fatto solenne, incontrastabile, legislativo, che i beni una volta feudali furono dichiarati come ALLODIALI fino dal principio della riforma, e come tali furono ritenuti nel Codice Napoleone, come fu già provato nei Capi VI. e VII. di questo Libro. Su di quest'allodialità ed in vista della medesima emanarono tutte le disposizioni legislative, come in parte si è veduto, e si confermerà anche più sotto.

2.° È pure cosa di fatto che quest'allodialità fu dichiarata con successivi Decreti di legale interpretazione e di applicazione conseguente, come ne fu già mostrato un esempio nel detto Capo VI. di questo Libro.

§ 280. Ora come sarà mai possibile di conciliare i caratteri legali dell'allodialità coi caratteri legali dell'originario contratto contemplato e da contemplarsi dal signor Merlin? Il principio logico di contraddizione deve presiedere qui alla decisione. Io domando adunque che cosa sia legalmente l'ALLODIALITÀ? Quale fu il senso annesso mai sempre a questa parola? Si noti bene: io pretendo che questa quistione venga decisa colla testimonianza non di recenti scrittori, che potrebbero essere sospetti di parzialità, ma col senso di vecchi e riputati che scrissero sotto il dominio stesso del regime feudale. Per non affollarne una serie infinita, trasceglieremo qui tra i Francesi il celebre Francesco Ottomanno, e fra gl' Italiani il Mascardo.

« *Alode* vel *alodum*, *alodium* vel *alladium* (dice il primo) (1) dicitur proprium cujusque liberi hominis *patrimonium*, quod romano » more dicebant praedium censui censendo, vel praedium mancipii, vel » quod *jure quiritium*, aut quod mancipio et nexu tenebatur (Cic. *De* » *Arusp. Respons.*). Multae sunt domus in hac urbe atque haud scio an » pene cunctae jure optimo, sed tamen jure privato, jure haereditario, » jure auctoritatis, jure mancipii, jure nexi. »

§ 281. E qui l'autore con una copiosa erudizione esaminando tanto il libro *De feudis*, quanto le leggi bavare, salica, ripuaria, inglese, i cronisti, gli storici, ne trae finalmente la distinzione fra gli *allodii* ed i *feudi*, e questa per unanime consenso e come risultato dell'esame antecedente. Questa distinzione forma la divisione legale dei beni riconosciuta nei tempi del regime feudale. Due generi dunque di beni, ossia di cose, conclude l'Ottomanno, furono stabiliti e riconosciuti: il primo era quello degli allodii; il secondo quello dei feudi. L'un genere era precisamente contrapposto all'altro. Ma ciò non basta. In che consisteva propriamente il carattere legale ed essenziale dell'allodiale? Nel *pieno* diritto di proprietà patrimoniale. « Rerum igitur (dice il detto Ottomanno) duo ge» nera barbarici scriptores constituerunt: ALODIA QUAE PLENO PATRIMONII » JURE sic tenebantur, ut eo nomine nulla neque gratia, neque merces, » neque opera deberetur; et FEUDA, QUAE BENEFICIO ALTERIUS sic tene» bantur, ut eorum nomine gratia et opera quaedam deberetur. »

§ 282. E qui l'autore entrando in seguito ad indagare l'etimologia della parola *allodio*, conchiude finalmente allegando un passo di un certo Beato Renano che scrisse un libro intitolato *Rerum germanicarum*. Ecco quanto soggiunge l'Ottomanno: « Sed ecce rursus alteram hujus vo-

(1) *De verbis feudalibus Commentarius, verbo* ALODE.

» cabuli notionem. Beatus Rhenanus, *Rerum germanicarum* Lib. II., Alo-
» dia, inquit, *proprii juris* erant fortasse germanico vocabulo sic dicta,
» quod familiae velut coagmentata sint et conjuncta, hoc est, *insepara-*
» *bilia a familia*, EIN ANLOD; unde plerumque negligebantur beneficia re-
» gia, alodica curabantur. »

§ 283. Qual'è l'osservazione che balza agli occhi da queste autorità? Che il carattere dell'allodialità escludeva, tanto per la sua *origine* quanto per la sua *potenza*, ogni vincolo di dipendenza; ed escludeva pur anche ogni divisione, parteggiamento, o diminuzione di proprietà. La cosa era ben naturale. Quando un bene è originariamente tutto mio, e tutto derivante da un'acquisizione originaria naturale e propria, egli non può riconoscere da altri il suo titolo. Allora è impossibile sì la divisione del dominio, che la reversione ad un preteso donatore o concedente benevolo. Questi sono correlativi essenzialmente così connessi, che la posizione dell'allodialità esclude per ciò stesso la posizione della divisione del dominio e della reversibilità.

Ma senza ragionare filosoficamente, ed assumendo l'intelligenza del vocabolo in via di *puro fatto* costante ed universale in tutti i tempi ed in tutti i paesi, risulta fermamente il carattere del *pieno* e *libero* dominio, escludente qualunque vincolo proprio dei beni feudali.

§ 284. Il secondo testimonio del senso legale della parola *allodio*, o *di cosa allodiale*, fu detto essere il Mascardo. Ecco le di lui parole: « Alodialis res dicitur quae pertinet ad *plenum* et *directum* dominium
» alicujus (1), et propterea alodium exponitur, idest proprium, et dicitur
» liberum et a nemine recognosci (2); unde dicit Baldus alodium esse
» quandam proprietatem, quae non recognoscatur nisi a solo Deo; et
» ideo dicitur alodialis, idest libera, et nemini subjicitur, ac in potestate
» unuscujusque est de illa disponere prout rerum casus postulant, etiam
» absque Principis jussu cum ab eo non teneat, nec in hoc eum reco-
» gnoscat (3). Quia quilibet in re propria est moderator et arbiter » (4).

Qui si osserva dalle parole ora susseguenti, *in potestate uniuscujusque est de illa disponere prout rerum casus postulant etc.*, la perfetta

---

(1) Paolo de Castro, Cons. 161.

(2) *Glossa in leg. At si quis § Quis enim super verbo oportebit de religiosis et sumptibus funerum. — Et Glossa in leg. Ingenuum super verb. libertinitatem, capite De ingenuis et manumissis.* — Cass. *Consuetudines Burgundiae in tit. De successione*, § 6 *vers; et les enfans*, n.° 4.

(3) Cassaneus *in dicta consuetudine, tit. Des rustices*, § 8, *verbo les seigneurs*, n.° 2, *fog.* 81.

(4) Mascardo *De probationibus, Concl.* 79.

coincidenza del senso dell'allodialità col senso dato dal Decreto imperiale 9 Dicembre 1811.

§ 285. Ma se tale è il significato e la forza legale dell'allodialità per universale e costante consenso, si domanda come conciliare si possa la divisione di dominio originaria ed essenziale, posta nella costituzione del feudo, coll'allodialità? Niuna potenza umana nè divina potrà porre insieme questi due concetti, che essenzialmente si escludono, perchè sono fra di loro contradditorii. Se dunque il sig. Merlin vuol ritenere i diritti reali fondati nel contratto originario di feudo (anche aboliti i personali), egli è costretto ad affermare una delle due: o che l'allodialità ammette divisione di dominio e vincoli, o che (indotta per autorità della legge l'allodialità dei beni feudali) fu annientata la costituzione originaria del contratto. Ma il primo partito è impossibile a sostenersi, come sarebbe impossibile a sostenere che il bianco sia nero, e che il sì sia no. Rimane dunque ch'egli debba concedere essersi annullata la costituzione originaria del contratto reale feudale. Ad ogni modo ci basti per ora di aver dimostrato che in teoria la tesi del sig. Merlin presenta estremi inconciliabili e precisamente contradditorii, come ci proponemmo di dimostrare.

CAPO XIV.

Della finzione di un altro contratto, o di un'altra disposizione di legge.

§ 286. Poste queste premesse, qual altro partito rimane, fuorchè o fingere un altro contratto originario, o un'altra disposizione di legge? Il primo è assolutamente impossibile; perchè posta una cosa di fatto colle tali e non altre condizioni, è metafisicamente impossibile il supporne una diversa. Rimane dunque l'unico partito di fingere che la legge abbia introdotta l'allodialità, ed abbia successivamente introdotto il vincolo della reversibilità. Ma come sarebbe mai possibile a sostenere questo partito? Si noti bene: la quistione si riduce ad un punto di *fatto positivo*. Per asserire questo fatto si esigono prove concludenti pure di fatto. Dove sono queste prove? Noi osiamo provocare il sig. Merlin, e tutti quanti i sostenitori possibili del mantenimento del vincolo di reversione, a produrre siffatte prove. Dico di più: non solamente non esiste prova alcuna, ma niun fondamento possibile, niun indizio, niun fumo, niun appiglio di congettura, che possa avvalorare l'esistenza del fatto che ricerchiamo. Questo è ancor poco: esistono anzi prove formali, solenni e reiterate del contrario; e queste si leggono nelle cose già premesse nei Capi VI. e VII. di questo Libro. È vero, o no, che l'allodialità pura e semplice fu pro-

nunciata, mantenuta, contemplata e dichiarata negli atti diversi della legislazione sopra esposti? È vero, o no, che niuna restrizione, niuna condizione, niuna disciplina limitante fu aggiunta, per la quale intendere si potesse avere i legislatori ristretto la possanza di quest'allodialità? Qual'è la disposizione, qual è l'indizio, qual è il passo, dal quale dedur si possa avere la legge mantenuto la divisione del dominio sui beni feudali? Consta anzi all'opposto che questa divisione fu tolta perfino nelle semplici enfiteusi private, dimodochè il padrone del dominio diretto fu ridotto ad essere semplice creditore del capitale pecuniario del canone, e che questo vincolo fu reso affrancabile, nel mentre che tutta la proprietà dello stabile fu esclusivamente concentrata nell'enfiteuta. Da qual canto adunque si potrebbe far sorgere una disposizione legislativa, la quale avesse limitata la potenza dell'allodialità con un vincolo di reversibilità originariamente derivante dalla divisione del dominio dei beni profettizii infeudati? Niuna potenza, io lo ripeto, nè umana nè divina potrà far constare di questa mostruosità.

§ 287. E per dilucidare la questione al suo massimo segno possibile io fo osservare quanto segue. In questo affare o si considera il passato o il futuro posto avanti agli occhi dei riformatori. Se si considera il passato, conviene necessariamente tener conto, come ha fatto il sig. Merlin, del fatto originario della divisione del dominio praticato nella concessione del bene infeudato; se poi si contempla il futuro, conviene tenere unicamente conto di quello che ha praticato il legislatore nella riforma di questo affare. Ma così è, che se si tiene conto del passato, conviene ritenere non l'allodialità, ma la divisione del dominio: dunque dalla considerazione del passato è cosa assolutamente impossibile di conciliare lo stabilimento di quest'allodialità. Se poi si tiene conto del futuro, conviene ritenere l'intiera allodialità. Ma ritenuta l'intiera allodialità si esclude la divisione del dominio, sulla quale era fondato il preteso ritorno dei beni al concedente. Dunque dalla considerazione del futuro si esclude essenzialmente il titolo della reversione. Ma dall'altra parte è certo, costante ed irrefragabile principio, che i diritti quesiti vengono regolati dalla fatta riforma, la quale formalmente ed integralmente stabilì l'allodialità senz'aggiungere altre modificazioni. Dunque ne viene la necessaria conseguenza, essere per ciò stesso stato distrutto il vincolo della pretesa reversibilità. Dunque lungi che fingere si possa o un altro contratto, o un'altra disposizione di legge conservatrice di questo vincolo, siamo assolutamente forzati di escludere come chimerica ed impossibile questa finzione.

CAPO XV.

Esame positivo del passo del sig. Merlin.

§ 288. Incomincia il sig. Merlin ad esaminare che cosa abbia fatto un Re, un Principe, un signore, concedendo a feudo un immobile del quale esso era proprietario. Qui egli afferma che il proprietario concedente si riservò il diritto di riprenderlo, in caso dell'estinzione della discendenza mascolina del concessionario. Prima di passar oltre noi facciamo osservare qui, che sotto una vaga ed indeterminata locuzione viene dissimulata la circostanza principale della trasmissione del dominio dell'immobile conceduto. Egli nasconde che nella concessione non fu trasmesso fuorchè l'usufrutto, e che la proprietà fu ritenuta presso del concedente. Così fu dissimulata la condizione legale ed essenziale e tutta caratteristica del dominio reale, e con questa occultazione si è fatto poi strada tanto a parificare il ritorno del bene feudale col ritorno della donazione contemplata dall'art. 951 del Codice Napoleone, quanto a combinare il vincolo della reversibilità colla qualità dell'allodialità. Si corregga dunque l'esposizione di fatto del contratto originario, espressa dal sig. Merlin, e quindi si traggano le competenti conseguenze sì logiche che legali.

§ 289. Corretta questa dissimulazione troppo decisiva e perentoria in simile affare, proseguiamo l'esame della di lui argomentazione. Egli domanda che cosa siavi di feudale in una stipulazione, ossia meglio nella concessione di un immobile fatta colla clausola di ricupera. Qui si risponde che havvi tutto di feudale, se si contempla non il contratto figurato dal sig. Merlin, ma il contratto realmente costituito e contemplato da tutti gli statuti feudali e da tutti gli scrittori in questa materia. Certamente cambiando l'oggetto della quistione, si fanno cangiare anche i rapporti legali. L'oggetto posto dal sig. Merlin non è l'oggetto disputato, ma un oggetto *legalmente diverso*. Con questo scambio egli non ferisce il merito contestato, ma pone in campo un altro oggetto. Che cosa havvi di feudale, dir doveva, in una concessione nella quale il concedente riservatasi la proprietà, concedette il solo godimento ad una famiglia finchè durava? Che cosa havvi di feudale nel disporre tanto per la sua, quanto per l'altrui futura generazione, e pretendere di dar la legge? Quando avesse posta la quistione in questi termini, detto gli si avrebbe che qui havvi una *divisione di dominio*, ed un vincolo successorio o contrario alla libertà delle contrattazioni. Posti questi due caratteri, si avrebbe potuto provocarlo a conciliarli colle massime della riforma.

Egli soggiunge il seguente passo, dal quale è facile ritorcere l'argomentazione contro di lui. « Senza dubbio tutto ciò che in quest'atto ap-
» partiene alla feudalità è distrutto; e conseguentemente l'immobile, che
» è stato conceduto per essere tenuto in feudo, sarà, nulla ostante que-
» sta dichiarazione, posseduto come BENE LIBERO e come ALLODIALE. »

§ 290. Qui facciamo punto. LIBERI ed *allodiali* sono dunque stati dalla riforma costituiti i beni già conceduti in feudo. Il fatto di quest'acquistata libertà ed allodialità è pienamente conceduto. Ma qui si domanda in che consista questa libertà ed allodialità. Si domanda di più, se questa costituisca o no una condizione legale e propria dei beni. Si domanda finalmente, se prescindendo dalla fede e dall'omaggio e da ogni altro personale uffizio, questi beni siano *rimasti*, o pure se siano DIVENUTI allodiali e liberi in forza d'una *nuova* qualità attribuita loro dalla riforma. Alla prima e alla seconda domanda fu già risposto col provare che l'*allodialità* consiste nel *pieno e libero dominio* d'un bene, e che per conseguenza l'allodialità costituisce un carattere legale, tutto reale e proprio dei medesimi, mediante il quale essi si contraddistinguono e si contrappongono ai beni *vincolati* o posseduti soltanto per un dominio diviso ed incompleto.

§ 291. Ora passando a rispondere alla terza domanda, è più che certo che in forza del solo atto della originaria concessione, lungi che ai beni traditi si potesse attribuire l'allodialità, risulta all'opposto ch'essi formalmente l'escludevano, perocchè il diretto dominio era tutto riservato al concedente. Dunque è più che evidente che la qualità di allodiali non è *rimasta* ai beni coll'abolire nudamente la feudalità, ma fu loro positivamente *comunicata* in forza e per virtù della riforma.

§ 292. Ma coll'abolire la divisione del dominio, e col concentrare definitivamente la piena proprietà nell'investito, non è forse manifesto che viene per ciò stesso annullata ogni reversibilità? In che consiste essa mai? Noi abbiamo evidentemente provato consistere essa nella *consolidazione* dell'utile col diretto. Ma se la legge operò per sua autorità questa consolidazione a favore dell'investito; se la operò in una maniera definitiva, assoluta e perpetua; come sarà mai possibile figurare ancora una divisione logicamente contradditoria coll'allodialità, ed una consolidazione precisamente opposta da farsi a pro dell'infeudante, nell'atto che fu già eseguita a favore del già feudatario?

Voi non avete scampo. O convien negare il fatto del dominio allodiale negli attuali possessori dei beni già conceduti in feudo, o convien concedere essere logicamente e legalmente impossibile il supporre la ori-

ginaria reversibilità figurata dal sig. Merlin. Ma così è che l'allodialità suddetta impugnar non si può. Dunque per ciò stesso convien concedere l'abolizione della figurata originaria reversibilità.

§ 293. I termini sono così connessi, correlativi e inseparabili, che posto l'uno, conviene escluder l'altro; come posta la luce, conviene escludere le tenebre. Malgrado tutto questo il sig. Merlin pretende che, posta in fatto l'allodialità, possa aver luogo la reversibilità. Ma qui si può domandare s'egli parli della *originaria* reversibilità stipulata nell'atto della concessione dei beni, o di un'altra specie di reversibilità. Ecco il gran nodo. Rispondasi categoricamente, sì o no. Se mi direte di parlare dell'*originaria*, in tal caso vi replico che voi pretendete una cosa logicamente e legalmente falsa ed impossibile. Se poi mi direte di parlare di un'altra specie di reversibilità, io vi risponderò che voi gettate le vostre parole al vento, perchè essa non forma oggetto della presente quistione.

§ 294. Ma se esaminiamo le parole del sig. Merlin, si vede ch'egli ci pone avanti il *contratto originario*, e pretende che colla riforma non sia stato alterato. Dunque per ciò stesso egli afferma che la riforma abbia mantenuta la *divisione del dominio*, che costituiva l'essenza stessa della concessione. Ma come può egli sostenere questa tesi a fronte della pronunciata e confessata *allodialità* impressa ai beni già feudali? Come può egli conciliarla colle disposizioni tutte del Codice civile, il quale abborrì altamente questa divisione? Come può egli avvalorarla col regime ipotecario, e colle provvidenze tutte di ragione civile della in allora vigente legislazione? Qui non v'è mezzo: o convien distruggere e scambiare l'essenza del contratto feudale, o convien negare il fatto e l'effetto della riforma.

§ 295. Il signore, dic'egli, non può pretendere che la concessione sia risolubile per l'abolizione della feudalità. Dunque a pari il vassallo non può pretendere che la proprietà sia divenuta incommutabile. Ma, di grazia, a chi e con chi tiene egli questo linguaggio? Tanto il signore quanto il vassallo sono soggetti all'autorità suprema, che volle restaurare i diritti comuni e togliere le traccie del regime della barbarica conquista. Dunque non convien vedere che cosa possano essi pretendere, ma che cosa abbia comandato l'autorità imperante ai medesimi. Ora se quest'autorità imperante ha voluto consolidare il dominio pronunciando l'allodialità, a che pro ricercare quello che il vassallo o il signore possono disputare prendendo per norma un titolo abolito?

CAPO XVI.

Continuazione. Se, senza ledere i diritti veri di proprietà, la legge abbia potuto abolire la reversibilità dei beni derivanti dai feudi traditi.

§ 296. Il sig. Merlin soggiunge che la legge non poteva, senza *eccedere i suoi poteri*, prosciogliere i beni traditi dal vincolo di reversibilità, perchè essi furono conceduti con questa condizione dal padrone dei medesimi. — Qui ci duole di dover rinfacciare al sig. Merlin la completa futilità di questo argomento. È forse l'investitura feudale un atto fatto jeri, e pel quale il caso della devoluzione debba accadere durante la vita del primo padrone concedente? o non piuttosto un atto che involge una indefinita successione di generazioni future, tanto per parte del concedente, quanto per parte del concessionario? Se è certo che l'atto involge in sè stesso questa successione, ne seguono due conseguenze ammesse dal sig. Merlin. La prima, che pei *successori* del diretto e dell' utile dominio altro non si preparò che una mera *aspettativa*, e non fu loro conferito verun diritto *irrevocabilmente quesito*. La seconda conseguenza si è, che stava in poter della legge di soddisfare o no a quest' aspettativa, come stava in suo potere il soddisfare o no alle vocazioni fedecommessarie. Non ci illudiamo colla scorza delle parole: la forma dell' instituzione del feudo non differisce per questo lato da quella dei patti successorii stabiliti in via di contratto, o come conseguenza di contratto. In essi si usava stabilire anche un *ordine* di future successioni. Ma dopo la vita dei contraenti è vero, o no, che la trasmissione non si poteva operare fuorchè *per ministero della legge civile*, ossia per autorità della vivente società? Qual è quel Governo che abbia mai avuto scrupolo di riformare l'ordine delle successioni? qual è quel principio, pel quale si possa negar loro questa facoltà? Il signor Merlin non ha nulla da replicar qui. Ora suppongasi il caso di un patto successorio concepito in modo che un benevolo concedente abbia stabilito che, finita la discendenza del concessionario, subentri la discendenza sua. Suppongasi pure che prima che venga il caso sopravvenga una legge abolitiva di siffatte instituzioni, e dichiari liberi i beni nell'attuale possessore. Potrà forse una siffatta legge essere accusata di eccedere i suoi poteri?

Chi ha dato alla discendenza del concedente il diritto di far valere questa vocazione per le età future, fuorchè la legge? Prima che avvenisse il caso della estinzione della discendenza del concessionario, qual diritto *quesito* aveva la discendenza del concedente? Nessuno. L'aspet-

tativa non è un diritto, e quest'aspettativa poteva essere defraudata dalla estinzione della discendenza del concedente prima della discendenza del concessionario. Orsù dunque, qual è lo spoglio che la legge commette in un affare in origine avvalorato da lei sola, in un affare nel quale non può la posterità opporre verun diritto quesito?

§ 297. Vi ha forse disparità fra questo caso ed il feudo? Niuna affatto. I successori dell'infeudante non potevano avere che una mera *speranza incerta* di *consolidare* il diretto coll'utile dominio, e ciò anche in forza del diritto stesso originario feudale. Ciò è tanto vero, che estinguendosi la discendenza dell'infeudante prima di quella dell'infeudato, il dominio si consolidava a favore di quest'ultimo, e con ciò si toglieva ogni reversibilità, e il bene diveniva allodiale. Questa sentenza non è mia, ma di Rosenthal, di Vultejo, di Voet, sommi e classici maestri, ed in fine è della natura stessa del feudale diritto, come sopra fu provato.

Ma, indipendentemente da ciò, è certo sempre che, spenta la successione alla quale si poteva trasmettere l'aspettativa della reversione, manca la persona alla quale pervenir doveva questo diritto. E se il Fisco in mancanza di successibili apprende i beni *vacanti*, non gli occupa in qualità di *erede*, ma in qualità di rappresentante della società, in seno della quale si verifica una vacanza che potrebbe porre i beni all'arbitrio del primo occupante.

§ 298. Voi mi direte che qui si parla nell'ipotesi che i successori dell'infeudante vivano ancora. Io rispondo, che non basta ch'essi vivano, ma si ricercano ben altre circostanze. Si ricerca che il discendente del concedente sia *civilmente capace* a succedere nei beni e nei diritti dell'institutore del feudo. Ricercasi di più, ch'esso se fu rivestito del possesso del principato, non abbia con formali trattati *rinunziato* ai diritti che prima aveva, e non ne abbia fatta la trasmissione in altro potentato. Verificandosi o l'uno o l'altro di questi casi, è per sè evidente che manca legalmente la discendenza contemplata nell'investitura, ed è lo stesso come se fosse stata spenta per morte naturale. Ora nei diversi casi verificati in fatto non abbiamo forse il fondamento essersi verificata la condizione sottintesa nella investitura, per la quale a favore del possessore si consolidava il diretto coll'utile dominio? Fatta questa consolidazione, non ne segue forse spontaneamente l'allodialità, e rendesi impossibile la reversibilità?

§ 299. Prescindendo poi da questo titolo, egli è principio già riconosciuto ed ammesso, che i diritti accordati per fatto della legge possono essere tolti dalla legge medesima, quando il legislatore giudichi che

il pubblico interesse lo esiga. Ma così è, che l'*aspettativa* derivante dalle successioni *ereditarie* fu indotta per fatto solo della legge, nè per sè stessa quest'aspettativa induce un diritto di proprietà irrevocabilmente quesito. Dunque senza taccia di spoglio, senza lesione del diritto di proprietà, poteva la legge troncare il vincolo della reversione, fondato su d'una mera incerta speranza. Che se poi annesso al diretto dominio si trovava il diritto di qualche prestazione lucrativa compatibile colla ragione contrattuale privata, la legge poteva e doveva (come effettivamente ha praticato) mantenere il diritto di prestazione affrancabile *in qualità di credito*, consolidando però sempre tutta la proprietà presso l'attuale possessore del bene prima soggetto a reversione. Con questa provvidenza il legislatore non ha certamente ecceduto i suoi poteri, perocchè egli altro non ha fatto che cangiare una mera incerta aspettativa, avvalorata da lui solo, a fine di giovare alla libertà del commercio, e per altre viste importantissime della cosa pubblica. Ridotto l'affare a questi ultimi termini, dica il sig. Merlin e chiunque altro di lui seguace, se siano stati feriti diritti irrevocabilmente quesiti, se sia stata lesa la vera proprietà, se sia stato ecceduto il giusto potere di un legislatore.

§ 300. Noi anzi aggiungiamo, che per tutti quei feudatarii di *prima mano*, i quali fecero delle seconde infeudazioni, sarebbe contro giustizia il porre una tesi diversa dalla nostra, ed acconsentire a quella del sig. Merlin. Affrancati questi per fatto della legge dal vincolo di reversibilità, ed acquistato sui beni derivanti dal feudo tradito un *pieno* dominio, che prima non avevano, sarebbe stata cosa iniqua che questo beneficio non fosse stato comunicato ai subalterni investiti dai medesimi, perocchè vigeva la stessa ragione. Il beneficio acquistato dell'allodialità nei beni esistenti presso di loro non doveva essere esclusivamente ristretto ai medesimi; e però se da una parte divennero proprietarii incommutabili dei beni ricevuti da un Principe, ragion voleva che a favore dei secondi investiti si togliesse l'aspettativa di una reversibilità, per la quale non esisteva che una mera speranza, e ch'era in poter della legge di cangiare in vista del pubblico interesse. Una perfetta parità di trattamento dovea presiedere alla riforma, e questa parità fu diffatti praticata; dimodochè, lungi che la legge possa venire accusata d'eccesso di potere, deve anzi per lo contrario essere collaudata per la sua giustizia ed equità.

§ 301. Questa quistione per altro di *Diritto puramente legislativo* riesce puramente sovrabbondante in linea di *Giurisprudenza positiva*. La volontà manifestata dal supremo imperante, o da chi lo rappresentava, forma il solo criterio del magistrato e del giureconsulto. Questo fatto poi

forma altresì un criterio nello stato presente della nostra giurisprudenza in conseguenza appunto della dichiarazione posta in fronte al Codice civile universale, di mantenere cioè i diritti reali attribuiti dalle leggi anteriori. In particolare poi un Demanio succeduto agli anteriori diritti del Principato italiano, e che volesse agire in conseguenza dei medesimi, non potrebbe, senza sovvertire ogni principio di ragione civile e naturale, pretendere di molestare gli attuali possessori dei beni provenienti dai feudi traditi; perocchè verrebbe contro il fatto stesso del suo antecessore dal quale ebbe causa, e pel diritto del quale soltanto esso in oggi potrebbe agire. In quanto a lui la quistione capitale si riduce a sapere = quali fossero, in forza delle leggi emanate, i diritti spettanti sui beni una volta feudali traditi, e posti in forza di trattati a libera disposizione del Principato italiano. = Questa quistione di fatto dev'essere sciolta con dati di fatto, senza dover indagare se il legislatore verso dei cittadini abbia o no agito a norma di stretti interessi fiscali. In breve, la volontà manifestata con leggi espresse, positive, solenni ed autentiche, ecco il punto cui si tratterebbe in ogni caso di discutere.

§ 302. Ma questa quistione non abbisogna più di soluzione, dopo che fu evidentemente dimostrato essere stata pronunciata l'allodialità, ed essere stata dichiarata principalmente dalle costituzioni, dalla legislazione del Codice civile, e da tutto quanto il complesso del vigente regime nel cessato Regno d'Italia. Noi non abbisogniamo di divagare in molte indagini, perocchè dal punto solo della pronunciata allodialità noi possiamo concludere la piena abolizione della reversibilità, o, a dir meglio, della consolidazione del diritto coll'utile dominio, operata per fatto stesso di quell'autorità alla quale apparteneva lo stesso Demanio. Noi possiamo trarre la conseguenza dell'inviolabile proprietà dei beni derivanti da feudi traditi presso gli attuali possessori dei medesimi. Incommutabili dunque, liberi e pieni padroni riguardar si debbono i legittimi possessori dei beni de' feudi traditi, nè veruna possibile ragione si potrà addurre per ispogliarli di questo diritto quesito (1).

---

(1) Stimiamo inutile di esaminare il rimanente passo del signor Merlin, perocchè esso versa soltanto nello sciogliere l'obbiezione tratta dalla successione libera ereditaria. Egli nella risposta altro non fa che dimostrare la *possibilità* di praticare la reversione, anche posta la successione delle femmine. Ma questa tesi meramente *ipotetica* non colpisce il fondamento della teoria, e però non crediamo di spendere altre parole nella confutazione.

CAPO XVII.

Se esista veruna disposizione autorevole e decisiva, emanata nel cessato Regno d' Italia, contraria alla nostra tesi.

§ 303. Allorchè disputiamo in via *positiva*, può nascere il caso di una *deroga* di fatto anche ripugnante alla vigente legislazione civile. Comunque tal deroga potesse essere inconseguente, converrebbe sempre rispettarla. Ora si domanda se nel cessato Regno d' Italia sia intervenuto verun atto veramente *derogatorio* ai diritti espressamente stabiliti e sanzionati, come sopra si è veduto.

§ 304. A questa quistione di puro *fatto* conviene rispondere con altri fatti. Scorrendo tutto il Bollettino delle leggi del cessato Regno d'Italia, noi troviamo bensì ordinanze sia generali, sia particolari a diversi Dipartimenti aggregati, nelle quali si pronunciano *avocazioni* di diritti *feudali*, o s'ingiungono *notificazioni;* ma niuna se ne riscontra, la quale stabilisca la reversibilità nel senso contrario al Codice civile, o che altrimenti deroghi alla integra allodialità pronunciata dalle leggi suddette. Sia pur vero che gli amministratori fiscali nutrissero l'opinione di questa reversibilità, e bramassero la sussistenza del vincolo relativo; sia pur vero che la comune tenesse una sentenza conforme. Sarà sempre vero che una mera opinione non costituisce una legge derogatoria, e che il pensiero interno di chi emanò le ordinanze non forma una dichiarazione contraria alla stabilita e dominante legislazione civile.

§ 305. L'ordine a notificare non importa per sè stesso una dichiarazione di proprietà. La mira taciuta dagli autori delle ordinanze non costituisce una formale disposizione di legge. Molti motivi anche *estranei* all'intento della reversibilità possono per sè stessi dettare notificazioni. L'oggetto solo di formare una *statistica* dètta tuttodì siffatte notificazioni. A fronte poi di una legge positiva imperante contraria ricercasi un'altra pari legge espressa, solenne, derogante al già stabilito diritto. Ora producasi, se si può, questa legge derogatoria emanata dall'autorità *competente*, vale a dire da quella alla quale sola apparteneva di emanare leggi formali. Qualunque dichiarazione, ordinanza pubblicata da altre autorità, oltrechè sarebbe nulla, potrebbe giustamente essere accusata di eccesso di potere, e di usurpazione criminosa dell'autorità del legislatore. Su questo punto i limiti delle autorità erano stati così fortemente e chiaramente tracciati, che non rimaneva dubbio se atti di autorità *inferiori* potessero esser privi di forza legislativa. Ciò comprovar si potrebbe con una folla

di decisioni solenni ed autentiche, dalle quali risulterebbe che niuna autorità subalterna avea un diritto derogatorio delle leggi sanzionate dal Re.

§ 306. Se dunque anche per caso si volesse additarmi qualche ordinanza, la quale non emanasse immediatamente dalla suprema autorità sul punto qui disputato, tale ordinanza dovrebb'essere a buon diritto rigettata come nulla, e considerata come non avvenuta. Ma, per quanto si sappia, tale ordinanza pubblicata, derogatoria, e portante il *mantenimento* del vincolo della reversibilità dopo il Codice Napoleone, non esiste nè punto nè poco. Dunque possiamo fermamente concludere che gli attuali possessori dei beni provenienti da feudi traditi furono stabilmente *mantenuti* nell'acquistata *allodialità*, e però che non possono giustamente essere molestati in forza di alcun atto competente posteriore, derogante ai diritti acquistati col Codice Napoleone.

CAPO XVIII.

Conseguenza risguardante la condotta delle acque.

§ 307. Tutta questa lunga discussione fu fatta col solo fine di rispondere categoricamente e dimostrativamente alla seguente quistione. = Posto un possessore di beni derivanti da un feudo tradito, e posto il caso che sopra l'immobile affetto al feudo avesse contratta o volesse contrarre una servitù perpetua passiva di acquidotto, potrebbe essa essere mantenuta al pari di una servitù contratta sopra un bene allodiale? =

§ 308. La risposta definitiva a questo quesito dipende, come sopra si è veduto, dalla inspezione, se dopo la riforma civile fatta nel cessato Regno d'Italia sussista o no il vincolo di reversibilità dei beni, indotto dalla costituzione originaria del feudo tradito. Dalla risposta *affermativa* a questa quistione ne viene la *insussistenza* della servitù alla perpetuità. Dalla risposta *negativa* poi ne segue la *sussistenza* alla perpetuità di questa servitù, e ne risultano pur anche tutti i beneficii della piena e libera proprietà per tutti i possessori dei beni conceduti un tempo in feudo tradito. Questi possessori possono essere di prima, di seconda e di terza mano; e posti in tali circostanze, che *spenta* la reversibilità, rimangano provveduti e tranquilli. All'opposto se questa si dovesse considerare ancora sussistente, degenererebbe in una rovina, la quale, malgrado che non sia simultanea, non lascierebbe di essere spaventosa. Tutte le famiglie, per esempio, nelle quali furono giustamente maritate femmine con beni una volta feudali, come pretende il sig. Merlin, dovrebbero all'estinzione della linea mascolina essere spogliate. Prima poi che avvenga la

reversione s'impedirebbe una folla di contrattazioni e di stabilimenti, i quali non possono competere fuorchè all'allodialità.

§ 309. Per buona sorte una irrefragabile verità ci ha illuminati, e la risposta favorevole fu dimostrata. Dico che fu *dimostrata*. Questa dimostrazione riducesi tutta al seguente argomento. L'*allodialità* dei beni de' feudi traditi fu *pronunciata* in favore dei possessori di siffatti beni; ma coll'allodialità fu loro tolta la originaria reversibilità. Dunque in favore dei possessori dei beni de' feudi traditi fu tolta ai detti beni la originaria reversibilità.

§ 310. Che quest'allodialità sia stata pronunciata, che quest'allodialità formi un fondamento perpetuo della legislazione civile italiana, è un fatto solenne, inconcusso e provato, come si è veduto. Restava dunque soltanto a provare la seconda proposizione, che col pronunciare l'allodialità sia stata tolta l'originaria reversibilità. Questa seconda proposizione fu dimostrata con una evidenza più che matematica. La dimostrazione risulta dal paragone logico delle due nozioni di *reversione* e di *allodialità*. In che consiste l'originaria reversione, e che cosa presuppone? Essa consiste nella *consolidazione* del dominio utile, ch'era ritenuto dal concessionario, col dominio diretto, ch'era ritenuto dal concedente nei casi contemplati dall'atto d'infeudazione. Colla consolidazione si tornava a riunire nella mano del concedente il dominio utile col diretto, che fu pria diviso; colla consolidazione suddetta il dominio utile *ritornava* alla sua prima fonte. In vista di ciò appellavasi *reversione*. Questa reversione essenzialmente supponeva un'*antecedente* divisione di dominio, per la quale l'usufrutto stava presso l'investito, e la proprietà presso il concedente. Togliete quest'antecedente separazione, egli è metafisicamente impossibile ogni *consolidazione* e *reversione*; anzi è logicamente assurdo il figurarla possibile: ciò che trovasi unito non può nello stesso tempo trovarsi separato; e però la *riunione* o il *ritorno* non può eseguirsi, se *prima* non si figura una separazione e un allontanamento. Che la reversione feudale fosse realmente come l'ho esposta, fu provato in un modo certo, chiaro e positivo; che questa reversione poi supponga la precedente divisione, e sia possibile solo in conseguenza della precedente divisione, è cosa per sè evidentissima.

§ 311. Posta questa nozione come primo termine di paragone, restava ad esaminarsi la nozione dell'*allodialità*, come altro termine di paragone. In che consiste l'*allodialità*, e che cosa essa suppone *essenzialmente*? Fu provato, colla concorde testimonianza di tutti i tempi, che l'allodialità consiste nel *pieno* e *libero* dominio d'un bene qualunque. Che cosa

suppone e che cosa esclude *essenzialmente?* Essenzialmente si suppone l'unione del diretto coll'utile dominio presso lo stesso padrone. Essenzialmente si suppone la facoltà di poter usare della cosa sua a beneplacito, di poter vendere, alienare o ipotecare, ec. ec. Ecco il senso concorde, positivo, irrefragabile annesso a questo vocabolo; ecco il senso dichiarato dalle anteriori e posteriori leggi e giudicati.

§ 312. Che cosa si esclude col concetto dell'*allodialità?* Se essa importa il dominio pieno, unito e libero, essa per ciò stesso esclude il dominio scemato, diviso e vincolato. Dunque essenzialmente respinge la separazione del diretto e dell'utile, e nell'atto stesso esclude la possibilità d'ogni futura consolidazione. Se dunque si pone in fatto l'attuale *allodialità*, e se prima si finge un'antecedente divisione di dominio, si suppone essenzialmente la già *fatta* consolidazione. Queste sono idee fra loro così correlative, che impugnar non si possono senza distruggere il principio stesso di contraddizione.

Ma il fatto avvenuto dell'allodialità è certo ed irrefragabile: dunque è anche certo ed irrefragabile il fatto della consolidazione; dunque è anche certa ed irrefragabile l'impossibilità della reversione; dunque questa far non si potrebbe legalmente, ma solo fisicamente.

LIBRO III.

DEI COSTITUTIVI SÌ ESTERNI CHE INTERNI DELLA CONDOTTA DELLE ACQUE.

CAPO I.

Osservazioni preliminari.

§ 313. Colle cose discorse fin qui noi altro fatto non abbiamo, che distinguere quelle acque le quali possono essere di *privata* proprietà, da quelle che sono rese *pubbliche*; e distinguere ancora in queste la parte *commerciabile* dalla parte assolutamente *inalienabile*. Ciò fu fatto a fine di fissare precisamente il campo, entro il quale precipuamente versar dovranno le dottrine comprese in questo Trattato. Ma siccome le acque di ragione del pubblico Demanio possono sotto molti rapporti entrare nel privato commercio, e siccome eziandio i rapporti legali sì pubblici che privati, sì quelli del Fisco che quelli dei cittadini, possono insieme mescolarsi o venire in concorrenza, egli è perciò che furono radunati sotto un solo punto di vista i principii legali derivanti in conseguenza di questi rapporti. Qui soprattutto importava di cogliere quelle vedute, le quali nelle riforme delle legislazioni accadute a' giorni nostri possono far variare i dettami di Diritto, e quindi le dottrine di Giurisprudenza adottate dai nostri padri. E siccome il diritto *transitorio* e *riformativo* non è generalmente noto nè famigliare, e siccome pure dimostrare si dovevano i certi fondamenti di questo transitorio diritto in modo da servire ai consulenti ed ai magistrati (i quali rimettere non debbono il loro giudizio alla privata autorità o a principii speculativi), così noi fummo obbligati di soggiungere le disposizioni di fatto e di diritto risguardanti tanto l'abolizione dei diritti feudali, quanto la reintegrazione dei diritti privati.

§ 314. Soddisfatto così a quest'oggetto preliminare, noi possiamo con animo tranquillo passare alla esposizione dell'oggetto principale di questo Trattato; e quindi, abbandonata per ora ogni vista di diritto o di pubblica amministrazione, concentrarci nella sfera del diritto privato. E qui, per procedere in una maniera la più lucida, la più breve e la più proficua possibile, conviene stabilire un ordine di ricerche dettate dalla natura stessa degli oggetti che dobbiamo esaminare.

§ 315. Perchè mai le leggi ed i giudizii dispongono sulla materia della condotta delle acque? È manifesto che ciò fanno perchè le acque formano un *oggetto* sommamente *interessante* per tutti gli usi della vita umana. Esse formano un ramo della privata e comune economia, dimodochè colla sola interdizione dell'acqua e del fuoco presso gli antichi si denotava la perdita della vita sociale. Io non mi dilungherò qui a celebrare i servigi moltiplici ed importanti che si traggono dalla sola condotta delle acque: essi sono troppo notorii, perchè io ne debba fare l'enumerazione. Soggiungerò invece, ch'esse formano oggetto di Diritto sì pubblico che privato, attesa appunto la loro *qualità interessante*.

§ 316. Sotto il nome di *qualità interessante* s'intende la facoltà che hanno le acque o di *giovare* o di *nuocere*. E però tanto i *servigi* quanto i *danni* che possono derivare dalla loro condotta, formano ugualmente l'oggetto della legislazione e della giurisprudenza. Ma qui osservare si deve, che fra questi servigi e questi danni vengono contemplati quei soli, i quali nell'*ordinario* commercio della vita civile soglionsi verificare, sia per fatto della natura, sia per fatto dell'uomo. Fra questi poi meritano una precipua attenzione quelle circostanze le quali sogliono cadere in considerazione nelle quotidiane *convenzioni*, e che per conseguenza cadendo talvolta in contestazione, formano l'argomento dei giudicati dei Tribunali.

§ 317. Queste circostanze somministrano la prima distinzione intellettuale della *ragione civile* delle acque in due forme massime. La prima contiene le regole risguardanti tutti i *servigi godevoli*, in quanto possono formare oggetto di scambievole commercio o contestazione; la seconda contiene le regole risguardanti tutti i *mezzi di difesa* contro l'*azione nociva* delle acque, in quanto possono formare oggetto di scambievole commercio o contestazione. Così dalla natura stessa delle cose tutta la ragione civile delle acque si distingue essenzialmente in *lucrativa* e in *difensiva*. La *lucrativa* si riferisce appunto ai suddetti *servigi godevoli;* la *difensiva* ai suddetti *mezzi di difesa*.

§ 318. La *difensiva* può in largo senso formar parte della *tutelare*, perocchè lo scopo ultimo di amendue è il medesimo. Ma conviene osservare che la *difensiva* nel suo senso rigoroso non riguarda che l'*allontanamento diretto* di un *danno* o di un *male;* e per lo contrario la *tutelare* riguarda propriamente la *conservazione diretta* di un *bene*, ossia di un mezzo godevole. Il vantaggio della puramente *difensiva* è propriamente *negativo;* quello della *tutelare* è propriamente *positivo*. Ciò serve di lume per distinguere a dovere la sfera delle dottrine

risguardanti anche la condotta delle acque, cui ci proponemmo di trattare distesamente.

§ 319. Fu detto che la ragione civile contempla questi servigi *in quanto* possono formare oggetto di commercio o di contestazione. Io prego di por mente a questa precisione. Essa riguarda l'*aspetto* sotto del quale questi servigi o queste difese debbono essere considerati nella legislazione e nella giurisprudenza; e da questa considerazione viene determinata la *maniera* di statuire e di trattare le dottrine. Siccome nelle leggi e nelle dottrine risguardanti l'acquisto, il possesso e le contrattazioni dei beni stabili o mobili non si tratta come vada edificata la casa, coltivato il campo, fabbricata la manifattura, ma si tratta solamente di *pareggiare fra i privati l'utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà;* così pure nelle leggi e nelle dottrine risguardanti i servigi godevoli e i mezzi difensivi delle acque si tratta unicamente di ottenere questo pareggiamento. Egli forma diffatti l'*unico scopo* della civile legislazione; e però come forma il fine unico al quale vengono subordinati i mezzi, così pure determina il *carattere*, i *limiti* e la *direzione* delle dottrine legali.

§ 320. Per la qual cosa s'egli è *utile* il conoscere tutte le *pratiche materiali* che servono a procacciare i beneficii e ad allontanare i danni provenienti dalle acque, egli è dall'altra parte manifesto che queste pratiche non vengono assunte legalmente in considerazione fuorchè per quelle circostanze che si riferiscono al *pareggiamento* suddetto delle utilità.

§ 321. Fin qui abbiamo parlato dell'*oggetto logico* proprio della ragione civile delle acque, de' suoi *limiti*, e quindi della *maniera* di considerarlo e di esporlo. Ma quest'oggetto fu da noi riguardato in un senso *unito*, conglobato e uniforme, a guisa di una carta indivisa. Ora conviene passare a riguardare per un momento questa ragione civile in un senso *diviso*, onde determinare precisamente l'indole e la latitudine dell'argomento da noi impreso a trattare. Ognun sa consister esso nelle *dottrine legali risguardanti la condotta delle acque*, nel senso comunemente inteso. Posto questo assunto, che cosa veggiamo noi? Che la massima parte della ragione lucrativa e della ragione difensiva delle acque non entra nella nostra trattazione; ma vi entra soltanto un *solo ramo* della ragione lucrativa delle medesime. Ciò risulta dalla sola definizione recata nell'incominciamento di questa Parte. Considerando diffatti le cose anche in senso positivo, noi veggiamo, per esempio, che partendo dallo *stillicidio*, e giungendo fino alle opere *difensive* dei grandi fiumi, havvi una

moltitudine di oggetti legali che non entrano nelle nostre ispezioni. Così pure considerando la parte *lucrativa*, noi ci accorgiamo che la nostra trattazione è ristretta ad un solo ramo della medesima. Varie diffatti sono le servitù, ossia meglio i servigi lucrativi prestati dalle acque, i quali possono formare oggetto di legislazione e di giurisprudenza, e che lo formarono diffatti. Così, per esempio, nota il Pothier al Libro XLIII. titolo 20. delle sue Pandette quanto segue: «Varia sunt jura servitutum DE AQUA: » est enim jus aquaeductus, jus aquae haustus, jus pecoris ad aquam » appulsus, de quibus egimus supra Libro VIII., titulo *De servitutibus » rusticorum praediorum.* Sed et si quis hoc cesserit ne liceat sibi aquam » quaerere, ea cessio valet. *Leg.* 1. § 28. *Ulpianus, Lib. LXX. ad Edi- » ctum.* » Qui soggiunge, per intelligenza di queste parole d'Ulpiano, trattarsi d'una servitù di *divieto* contratta da un padrone del fondo di non cercar acqua nel fondo proprio, ad oggetto di non diminuire l'acqua del vicino.

§ 322. E qui per illustrazione dell'argomento delle presenti osservazioni conviene avvertire, che altro sono i *servigi* delle acque, ed altro gli *ufficii* risguardanti la ragione delle acque. I *servigi* utili vengono dedotti dalla *facoltà intrinseca* dell'oggetto materiale, ossia dalla sua capacità a procurarci un beneficio. Gli *ufficii* poi consistono in *atti dell'uomo* relativi a questi stessi servigi, o alla tutela o alla conservazione o al libero esercizio risguardante questi stessi servigi materiali. L'*officium* dei Latini, che corrisponde a *dovere morale*, inchiude appunto questo senso. Fare od ommettere qualche cosa a pro d'altrui, costituisce l'entità propria dell'uffizio sia morale, sia legale. E siccome in questi uffizii l'uomo rende un reale servigio all'altro, così al complesso degli atti che costituiscono l'ufficio fu attribuito il nome di *servitù*.

§ 323. E qui conviene prima di tutto cogliere la *differenza* fra il *dovere legale* di precetto e la *servitù civile* privata, quale viene intesa nella civile giurisprudenza. Nel dovere legale e nella servitù intervengono, è vero, un diritto ed una rispettiva obbligazione, e per questo lato la servitù ed il dovere suddetto si rassomigliano. Ma dall'altra parte il dovere legale imposto per *precetto* della legge differisce dalla servitù pel suo *titolo originario.* Imperocchè nel dovere legale di precetto l'obbligazione viene imposta a *tutti* e *per fatto del legislatore*; per lo contrario nella servitù suddetta questa obbligazione non viene stabilita che per un *atto particolare volontario delle parti.* L'oggetto dunque, sul quale cade la servitù, è per sè stesso *libero*, prima di essere assoggettato a servitù. Nel precetto legale per lo contrario il fare o non fare non è mai li-

bero a piacere degl' interessati. Ecco la differenza fra il *dovere legale* di precetto e le *servitù civili.*

§ 324. Parlando in materia di acque, queste servitù si possono ridurre a quattro classi principali; cioè: 1.° *servitù di prestazione;* 2.° *servitù di transito;* 3.° *servitù di tolleranza;* 4.° *servitù di divieto.*

Queste quattro specie di servitù possono esistere o *separate* o *riunite*, e quindi formare oggetto o *principale* o *subalterno* di convenzione, di legislazione e di giudizii. Qui sarebbe fuor di luogo l'entrare in particolarità dottrinali, perocchè ciò forma appunto l'argomento di speciali dettami. Il presente discorso versando solamente sui *limiti proprii* e sullo *spirito generale* dell' assunto nostro, ci obbliga qui a cogliere solamente quegli aspetti e quei rapporti che riguardano il presente argomento. Proseguiamo.

§ 325. L'indole degli ufficii risguardanti le acque importa necessariamente di distinguere la parte *morale* dalla parte *materiale* dei medesimi ufficii, perocchè da questa parte morale traggono origine, sussistenza e forma gli ufficii medesimi. Considerata la condotta delle acque sotto questo rapporto, la teoria delle *cause costituenti* il rispettivo diritto è comune a tutte specie di ufficii ossia di servitù legali. Ora queste cause ridur si possono alle quattro seguenti; cioè: 1.° alla *proprietà* ossia al *dominio reale personale;* 2.° alle *convenzioni espresse;* 3.° alla *prescrizione legittima;* 4.° alle *attribuzioni delle leggi e dei pubblici regolamenti.* Ciò è notorio, ed ammesso senza disputa e per comune sentenza.

§ 326. Ma considerando bene addentro queste diverse *cause costituenti*, noi ci avveggiamo ch' esse realmente si riducono ad *una sola;* e questa si è la *volontà* o propria o concordata, sia dei proprietarii, sia dei Governi. Questa volontà poi si annunzia o *espressamente*, come nelle concessioni esplicite; o *tacitamente*, come nelle prescrizioni. I diversi atti di questa volontà danno il *carattere* positivo ai diversi ufficii in materia di acque; la *maniera* colla quale vengono stabiliti decide della loro sussistenza. Essa è o *irrevocabile* o *revocabile*, a piacere del concedente. In questa maniera si stabiliscono tali ufficii o *temporariamente* o *in perpetuo.* La *facoltà* di valersi di questi ufficii, autorizzata e guarentita dalle leggi, costituisce appunto il *diritto* rispettivo di servitù.

§ 327. Nel concetto comune l'argomento della condotta delle acque si suole per lo più restringere alle sole *servitù* perpetue ed obbligate. Ma tutti i buoni scrittori non si sono limitati entro questo angusto cerchio, ben conoscendo che nell' uso comune intervengono altri rapporti indipendenti e distinti dalla perpetuità e dalla irrevocabilità. Ciò ha luogo

nello stesso diritto convenzionale, risguardante la ragione delle acque. Tutto dì s'accordano i così detti *precarii* in materia di acque; e questi precarii presso il Pecchio formano un ampio argomento di trattazione. Ognuno sa che il precario altro non è che una concessione libera dell'uso di un'acqua rivocabile a piacere del concedente; ognuno sa del pari che frequente è l'uso di siffatte concessioni. Ma il precario si suole forse collocare fra le servitù? È troppo noto che no. Ma l'escludere il precario dalla *servitù in genere* è forse cosa che possa accordarsi dalla buona ragione? Noi lo vedremo fra poco. Io mi contenterò qui di osservare, che l'ommissione di questo argomento in un Trattato della condotta delle acque costituirebbe un sommo difetto nell'istruzione. Ognuno dunque vede di leggieri che la dottrina legale sulla condotta delle acque non può essere ristretta esclusivamente alle servitù perpetue ed obbligate.

§ 328. Poste queste osservazioni, quali sono le conseguenze che ne nascono in mira di determinare l'indole e l'estensione della condotta legale delle acque? Procedendo in ordine logico, noi troviamo che la servitù così detta della condotta delle acque abbraccia due parti: la prima *materiale*, la seconda *morale*. La prima consiste nei possibili servigi utili che ci vengono resi dalle acque, e che possono venire contemplati sì dalle convenzioni che dalle leggi; la seconda consiste nelle determinazioni della volontà, colle quali a guisa di Decreti si determina ciò che fare si debba, onde ottenere l'intento della contemplata utilità. Gli ufficii risguardanti la condotta delle acque comprendono sì l'una che l'altra parte. Ciò riguarda il *carattere* intrinseco di *fatto* di questa specie di servitù. Quanto poi ai *caratteri* di *ragione*, essi risultano dalla loro *conformità* colla norma fondamentale di pareggiare fra i privati l'utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà. In forza di questa conformità l'ufficio diventa legittimo, e però approvato e sanzionato dalla pubblica autorità.

§ 329. Questa conformità altro veramente non è che una pura *relazione logica*, o, per dirlo altrimenti, altro non è che lo stesso fatto conforme ai dettami della legge sanzionata. Allorchè dunque si parla della servitù legittima della condotta delle acque, devesi sempre comprendere anche questa relazione di conformità, dalla quale appunto in ultima analisi dipende la di lei legittimità. Ma nello stesso tempo non conviene mai perdere di vista la *sostanza stessa* del fatto, nè per una viziosa astrazione conviene separare cose che sono essenzialmente e per necessità di natura sempre inseparabili.

§ 330. Tutto questo riguarda la *natura propria* della servitù della condotta delle acque. Passando ora ad esaminarne la *sfera*, noi troviamo costituire essa un *ramo particolare* dei servigi utili delle acque; e però se essa viene regolata da certi principii comuni agli altri rami ed alle altre servitù, la sua trattazione non è *compiuta* se non quando si aggiungano quei dettami di ragione, i quali sono *proprii* al ramo medesimo. Una gradazione pertanto di dottrine, e quindi di principii e di regole, deve sempre presiedere alla trattazione di questo argomento; e l'intelletto quindi dello studioso riposar non deve se non quando si trova illuminato dai principii eminenti, intermedii e proprii di questa materia.

§ 331. Le cose discorse fin qui riguardano la trattazione filosofica dirò così dell'oggetto, ma non le varie disposizioni di *autorità positiva*, e soprattutto di leggi per le quali furono introdotte *riforme capitali*. Ora quanto a queste è necessario fissare la *nozione* piena dell'*abrogazione*, onde poterla poi applicare alle materie occorrenti. Conviene dunque sapere che una legge anteriore viene resa senza effetto o totale o parziale non solamente per una espressa abrogazione o deroga fatta dalla legge posteriore, come ognuno sa; ma eziandio per un'azione *tacita* della legge posteriore, sia per *incompatibilità* di disposizioni o di effetti, sia per la *cessazione dell'ordine* delle cose, dal quale eminentemente fu dettata la legge medesima, e del quale essa ravvisar si doveva come naturale conseguenza. « Une loi cesse d'être obligatoire non seu-
» lement lorsque le législateur l'a abrogée par une disposition expresse,
» non seulement lorsqu'elle est suivie d'une autre qui lui est contraire;
» mais encore lorsque l'ordre des choses pour le quel elle avait été faite
» n'existe plus, et que par là cessent les motifs qui l'avaient dictée » (1).
Le leggi e le decisioni confermano le singole proposizioni racchiuse in questo passo.

§ 332. Primieramente quanto all'*incompatibilità* leggiamo nel Diritto romano quanto segue:

« Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur. Sed et
» posteriores leges ad priores pertinent nisi contrariae sint, idque mul-
» tis argumentis probatur. » *Leg.* 28. *ff. De legibus.*

« Quum posteriores leges prorsus contrariae sunt prioribus, per eas
» abrogantur priores. Secus quum magis quid diversum quam contra-
» rium praecipiant: hoc enim casu per eas non abrogantur priores, sed
» potius ad eas trahuntur, id est cum eis commiscentur » (2).

(1) Vedi Merlin, *Rép.* V. *Rente foncière*, pag. 93 e 94.

(2) Pothier *ad Pandectas Just.* Lib. I. tit. 3. art. 4. n.° 13.

« Il suffit pour établir un droit nouveau qu'une loi contienne une » disposition contraire à celle renfermée dans une loi antérieure, encore » que la loi dernière en date ne fasse pas une mention expresse de celle » qui l'a précédée » (1).

« Ces lois dont il s'agit, et toute autre loi dont le texte serait in- » conciliable avec celui de la constitution, ont été abrogées par le fait seul » de la promulgation de cette constitution; et qu'il est inutile de s'adres- » ser au legislateur pour lui demander cette abrogation. ».

« En effet, c'est un principe éternel, qu'une loi nouvelle fait cesser » toute loi précédente, ou toute disposition de loi précédente contraire » à son texte; principe applicable à plus forte raison à la constitution, » qui est la loi fondamentale de l'État » (2). Questo stesso principio è avvalorato da parecchie decisioni.

§ 333. Quanto poi alla *cessazione* delle leggi stesse, non per l'oggetto particolare su cui statuiscono, ma in forza dei rapporti generali dell'ordine nuovamente introdotto, e che fa cessare l'ordine anteriore, in appoggio dell'allegata autorità del sig. Merlin viene il principio sempre usitato, che *cessante causa cessat effectus*. Questo principio ha sempre luogo in qualunque passaggio da una legislazione all'altra, dimodochè serve di criterio per determinare se nel silenzio di una nuova legge sopra di un atto che prima si praticava si possa o no rinnovarlo sotto l'impero della nuova legge. Imperocchè dall'osservare che la nuova legge *tolse di mezzo* il *titolo fondamentale* dell'atto, ne viene di conseguenza ch'esso non si può più rinnovare validamente, nè può essere produttivo di diritto.

§ 334. La possanza del principio della cessazione della causa è tale, che non solo toglie il diritto di celebrare sotto l'impero della legge riformatrice l'atto antico, ma *interrompe* eziandio la continuazione di tutti quegli atti che procedevano da titolo anteriore operativo sotto la nuova legge. Se il titolo anteriore era fondato sul fatto solo della legge, la interruzione è totale; se poi era fondato sul fatto dell'uomo e della legge (come in tutti i contratti a perpetuità), la legge, senza detrar nulla all'interesse legalmente stabilito, ed al diritto quesito privato, opera sul *modo di esecuzione* del contratto per gli effetti rinascenti sotto il di lei impero in forza del principio, che

(1) Parere del Consiglio di Stato 11 Giugno 1806, approvato da Sua Maestà. — *Bulletin des lois* 104, del 1806, pag. 181, tom. XXIX.

(2) Parere del Consiglio di Stato 14 nevoso, an. 8., approvato da Sua Maestà.

« Il est toujours dans la puissance de legislateur de régler pour l'avenir le mode d'éxécution des contractes, et de substituer le mode qui » convient au sistème général qu'il établit, à des modes particuliers qui » ne seroient pas en harmonie avec le sistème général » (1). Queste sono parole di una solenne decisione della Corte di Cassazione dell'Impero.

§ 335. Dalle quali cose lice raccogliere esservi due specie di abrogazione di legge: la prima *espressa*, la seconda *tacita*. La prima fatta con espresse parole dell'autorità legislatrice; la seconda fatta o per incompatibilità di disposizioni o di effetti, o per cessazione dell'ordine dal quale dipendeva la legge abrogata. Così nell'abrogazione tacita distinguonsi due maniere che la dividono in due specie.

§ 336. Ponderando questi canoni fondamentali, si può ricavare una solida conferma delle dottrine recate nell'antecedente Libro, ed una nozione direttrice nei susseguenti, allorchè specialmente ci verrà fatto di parlare delle vicende delle legislazioni, di cui dobbiamo dar conto.

§ 337. Zotica sarebbe l'obbiezione che venisse fatta sopra qualche argomento, e nella quale si opponesse non esistere la tale o tal legge *transitoria* sopra di un dato argomento, e però doversi affermare che nell'anteriore Diritto non accadde nè punto nè poco alterazione veruna. Zotica, io dico, sarebbe questa obbiezione, allorchè constasse della tacita abrogazione nata o per *incompatibilità*, o per cessazione di causa. Per lo contrario si dovrebbe sempre argomentare esistere l'abrogazione tutte le volte che si scoprisse la detta incompatibilità, o la detta cessazione di motivo.

Alcuni di più volgare senso ricorrono alla comune opinione avuta sopra di un dato argomento specialmente durante l'intervallo della riforma. Ciò soprattutto accade allorquando appunto avviene la tacita abrogazione.

§ 338. Ma di grazia: la comune ignoranza, nata specialmente dalla novità di un sistema di leggi e di pubblica amministrazione, può forse formare un titolo di autorità ed un principio di dottrina legale? L'ostinato e cieco attaccamento alle vecchie instituzioni può forse servire di buon testimonio ai nuovi lumi ed alle nuove provvidenze di una civile riforma? Gl'interessi contrariati, sia nei privati, sia in amministrazioni fiscali pedisseque, sono forse le fonti legittime della ragione, dell'equità, e specialmente delle volontà di un illuminato e provvido legislatore? Dall'altra parte poi domando se la esperienza di tutti i tempi e di tutti i luo-

(1) Ved. Sirey, tom. VII. pag. 287-288.

ghi non abbia dimostrato che pur troppo l'ignoranza, l'errore, le passioni, le abitudini ed i contrariati interessi non abbiano per lunga pezza presieduto alle decisioni specialmente interessanti il commercio della vita civile. Nelle legislazioni vecchie medesime noi troviamo spesso insinuarsi di soppiatto e prevalere la corruttela; e che perciò? Troviamo ancora moltitudine di autori seguire una data sentenza, ed un solo tenere il contrario; e che perciò? Su l'uno e l'altro punto risponde l'imperatore Giustiniano: « Consuetudinis ususve longaevi non vilis auctoritas, verum » non adeo sui valitura momento, ut rationem vincat aut legem. Neque » ex multitudine auctorum quod melius et aequius est judicatote: cum » possit unius et forsitan deterioris sententia et multas et majores in ali» qua parte superare. »

SEZIONE PRIMA.

Dei varii caratteri di fatto e di ragione della servitù di acquedotto.

CAPO II.

Concetto fondamentale di fatto e di ragione dell'acquedotto.

§ 339. Nel paragrafo antecedente abbiamo osservato che ogni legittima servitù è sostanzialmente un *ufficio sociale*, il quale consiste nel fare o non fare una data cosa a pro di altrui. Ma siccome il commercio fra gli uomini non si può esercitare che con mezzi *fisici*, così ne viene che ogni uffizio consiste realmente in un atto *fisico-morale* interessante i nostri simili. Ciò inchiude persino l'istruzione ed i consigli che si danno o a voce o in iscritto, o con altri segni, i quali tutti non sono che mezzi fisici, e che in prima consistono in un'azione fisica.

§ 340. Da questa vista semplice, universale ed astratta discendiamo alla complessa, particolare e concreta. La servitù della condotta delle acque, considerata nella sua *realità effettiva*, non solamente è *fisica* nel senso di semplice *ufficio sociale*, ma è *fisica* eziandio sia pel suo oggetto, sia per il suo scopo, sia finalmente pe' suoi mezzi. Pel suo *oggetto*, perchè si tratta di un'acqua; pel suo *scopo*, perchè si tratta di procacciare un lucro sensibile, o di allontanare un danno sensibile; pe' suoi *mezzi* finalmente, perocchè ciò vien fatto col dare o non dare un'*artificiale direzione* ad un'acqua.

OBBIEZIONE.

§ 341. Ma come conciliate voi questa sentenza colle cose dette da voi al § 35? Voi nell'addurre la prima spiegazione delle parole di *acquedotto privato* soggiungeste: « Dicesi in primo luogo essere questo un di-
» ritto ossia un jus, perchè egli consiste non nel fatto, ma nella ragione
» di fare. Per questo motivo dicesi che tutte le servitù sono *incorporali.*
» Tutte le leggi e tutti gli scrittori si accordano in questa sentenza. » Posta questa premessa, come si può conciliare il concetto *fisico*, al quale riducete tutta l'indole della servitù dell'acquedotto? Se essa consiste nella *ragione di fare* e non nel *fatto*, se questa ragione di fare è *incorporale* e non *corporale*, o, per dirlo altrimenti, è tutta morale e non fisica, come può stare la sentenza vostra, nella quale ce la dipingete tutta fisica?

RISPOSTA.

§ 342. L'obbiezione non può essere eccitata se non da taluno il quale non conosce la genesi degli enti morali, e che siasi inoltrato nella carriera della giurisprudenza solo col grosso senso del volgo.

Facile per altro è la risposta a quest'obbietto, e spontanea riesce la conciliazione dei concetti che si vogliono far contrastare. Io concedo esser vero ciò che ho esposto al § 35, e sostengo essere pur vero ciò che qui io dico. Qui sostengo la proposizione, che la realità effettiva della servitù *di acquedotto* è tutta *fisica*, e sostengo pure che la *ragione legale* dell'acquedotto è tutta *morale*. Qual contrasto vi può essere fra queste due proposizioni? Degnatevi di badare al significato delle parole, pigliatevi la pena di ben comprendere e di connettere i sensi, e voi non incontrerete più difficoltà. Credete voi forse che il *fatto* si debba sempre far contrastare col *diritto*, e che la *forza* si debba sempre opporre al *jus?* Se voi mi rispondeste che sì, io vi darei il caritatevole consiglio d'imparare l'abbicì del Diritto naturale prima di eccitare obbiezioni. Io vi farei osservare essere notorio che il diritto, considerato in *atto*, altro non è che un *fatto regolato*, e ch'egli si oppone soltanto ad un fatto sregolato. Così pure che il jus coattivo, considerato in *atto*, altro non è che una *forza regolata*, la quale si oppone soltanto ad una forza sregolata. Ma sì il fatto regolato che la forza regolata sono sempre fatto reale e forza effettiva, e nulla più. Se si fanno contrastare col torto, ciò accade per una opposizione *logica* ad una data norma, e nulla più.

Tutto questo ha luogo nella cosa riguardata in *atto*, nel quale effettivamente esiste; ed è in questo senso che ho affermato che la servitù

dell'acquedotto è fisica. Che se per una speculativa considerazione pensiamo alla servitù in *fieri*, noi consideriamo allora il fatto in *potenza*.

§ 343. Qui è appunto che sorge il concetto della servitù considerata come *facoltà morale* ed *irrefragabile* di esigere da altri un fatto positivo o negativo a nostro vantaggio. Ma il fatto contemplato non cangia punto di natura: esso è sempre *fisico*, e non può essere che fisico; esso costituisce l'*oggetto* del diritto, come la materia costituisce l'oggetto della manifattura. Il diritto è sempre associato al suo oggetto; la realità *effettiva* consiste sempre in quest'oggetto. Se dunque per un'astrazione intellettuale noi ci fermiamo a considerare la facoltà nostra morale risguardante l'oggetto suddetto, con quest'astrazione non possiamo far cangiare lo stato reale delle cose; e però la parte fisica, la quale è essenzialmente *connessa*, forma la realità propria ed effettiva del diritto stabilito. Quando io considero il braccio che maneggia l'aratro o lo scalpello, e che con questi stromenti si produce un dato effetto, posso io negare il concetto naturale di questi stromenti? Sia pur vero che l'arte sia in sè medesima cosa *morale*; ma lascia perciò di essere qui arte *meccanica?*

§ 344. Per la qual cosa ognuno vede di leggieri che la proposizione, colla quale affermo che la *realità effettiva* della servitù d'acquedotto è tutta fisica, si concilia benissimo colla definizione comune della servitù già sopra allegata. In quella definizione non viene espressa fuorchè la *potenza morale* e *legale* dell'uomo, risguardante la condotta delle acque. In *questo senso* adunque la detta definisione comprende la *sola facoltà morale* suddetta. Ciò viene annotato per ben discernere l'idea presa di mira nella recata definizione, e nello stesso tempo per fare fin da principio intendere la *nozione piena* direttrice di tutta la dottrina.

§ 345. Tutto il fin qui detto si conferma dalla stessa volgare dottrina. È vero, o no, essere principio legale ammesso ed incontroverso, che concessa la servitù di acquedotto, s'intendono per ciò stesso accordati tutti i *mezzi* necessarii per effettuarla? Questi mezzi che cosa sono in sè stessi, fuorchè le *cose* e gli *atti materiali* necessarii alla contemplata condotta delle acque? Ora se questo complesso fisico non formasse la *realità stessa* della servitù di acquedotto, come mai potrebbe reggere il principio, che concessa la servitù dell'acquedotto, s'intendano per ciò stesso conceduti i mezzi necessarii ad effettuarla?

§ 346. Allorchè non costituissero la *realità effettiva* della servitù, sarebbero necessarie *convenzioni speciali* per esprimere tutti i mezzi materiali e tutti gli atti singolari del diritto trasmesso, sì perchè non si potrebbero *naturalmente* sottintendere, e sì perchè trattandosi di vinco-

lare il libero dominio altrui, ciò fare non si può che in forza di una libera ed equa convenzione. Conchiudiamo adunque, che la *realità effettiva* della servitù dell'acquedotto consiste nel complesso di tutti i mezzi materiali coi quali si effettua la detta servitù. L'entità poi *morale* e *potenziale* di questa servitù consiste nella facoltà irrefragabile di ottenere il complesso degli atti e dei mezzi costituenti la realità effettiva della stessa servitù. Quando dicesi *facoltà irrefragabile*, s'intende dinotare una facoltà, la quale inchiude il doppio aspetto di *giustizia* ossia di conformità colla legge, e di *obbligazione* in altri a prestarsi positivamente o negativamente alla nostra autorità. Il vocabolo *irrefragabile* si prende in senso legale: esso non inchiude soltanto la qualità di *giusto*, vale a dire di conforme ad una norma, ma comprende eziandio la qualità di *obbligatorio* altrui o a prestarsi, o a non resistere alla nostra autorità in un dato oggetto. Da ciò si comprende come *conseguenza* il diritto di *costringere* qualunque renitente a prestarsi agli atti legali della nostra autorità. Questo diritto a costringere costituisce appunto quella che chiamasi *azione*, la quale nella civile società esercitandosi solo coll'intervento della pubblica autorità, chiamasi *giudiziaria*.

Tutte queste cose concorrono, sia in via principale, sia in via conseguente, a costituire la servitù di acquedotto, presa in senso di *autorità di diritto*. Ecco il concetto fondamentale di *fatto* e di *ragione* dell'acquedotto; ecco il germe, entro il quale sta racchiuso tutto il complesso dei principii direttivi di questa materia.

CAPO III.

Definizione legale della servitù d'acquedotto.

§ 347. Il Pecchio, dopo avere esposto il significato delle parole *acquedotto privato* nel modo rettificato da noi al § 35, passa senz'altre spiegazioni ad indagare se questa servitù sia continua o discontinua, se sia reale o personale, se sia rustica od urbana, ed accessoriamente se possa essere o perpetua o temporanea, ec. ec. È per sè chiaro che tutte queste quistioni non possono essere ben definite senza una esatta e completa cognizione della *servitù* medesima. Diciamo di più: la risposta a tutte queste quistioni non può veramente essere altro che uno sviluppamento dei caratteri o espressi o sottintesi già prima racchiusi nella definizione stessa della *servitù*. Ma forse bastar deve la nuda *spiegazione del vocabolo* allegata dal Pecchio, e le vaghe annotazioni del Cipolla e di altri? Ogni lettore a primo tratto vede l'assoluta loro insufficienza, e il

nocumento che apportano alla teoria. A fine di procedere con lume, ed evitar l'errore, la definizione deve racchiudere il *mezzo termine logico*, col quale si possa giungere alla risposta delle quistioni medesime. Questo mezzo termine risulta dal *paragone* delle idee racchiuse nella definizione colle idee racchiuse nella proposta della quistione. A fine dunque di supplire ai bisogni della istruzione, e somministrare la soluzione dei casi pratici in una guisa dimostrativa, e capace a recare nei giudici un'intima convinzione, è necessario premettere la *definizione* propria e ragionata della *servitù* dell'acquedotto privato. Io credo pertanto che questa *servitù* si possa definire nella seguente maniera: = La facoltà consensuale e legittima d'esigere da altri legalmente capaci ad obbligarsi atti positivi o negativi risguardanti il deflusso e la direzione di un'acqua, onde ottenere un beneficio, o allontanare un danno reale inteso. =

§ 348. Primo dicesi *facoltà consensuale*, e ciò per distinguere il *titolo originario* proprio di questa specie di servitù dal titolo originario che può risultare dal fatto del legislatore. Io mi spiego. È noto che, per dettame della legge e del naturale Diritto, ognuno può, per esempio, edificare nell'altezza che a lui piace. Se io prometto ad altri di non edificare che ad una data altezza, io contraggo la servitù passiva, conosciuta sotto la denominazione di *altius non tollendi*. Ma è vero, o no, che in questo caso dipende dal mio solo consenso il conferire ad altri l'autorità d'impedirmi di elevare la fabbrica mia oltre di un dato segno? Ecco dunque che *il titolo* originario di questa servitù è puramente *consensuale*. Ciò che dicesi in questo caso per una servitù di *divieto*, dicasi pur anche in ogni altro caso delle servitù di *prestazione*. Così, per esempio, nel fondo mio trovasi un fontanile, o veramente dipende da me il dirigere gli scoli delle mie irrigazioni senza danno del terzo. Se io prometto a taluno una presa di acqua dal mio fontanile, o di far defluire gli scoli miei irrigatorii a di lui vantaggio, contraggo una servitù di *prestazione*. Ma anche in questo caso il titolo non è che puramente *consensuale*, come è per sè evidente (1).

Ciò posto, il diritto acquistato dal mio concessionario ad obbligarmi agli atti sopra espressi chiamasi *facoltà*. Essa è poi *consensuale*, perchè a lui fu conferita, e non poteva essergli conferita fuorchè per un atto

(1) Che il titolo costitutivo della servitù dell'acquedotto sia puramente *consensuale* secondo tutte le legislazioni, si può porre come assioma. Ciò verrà anche più specialmente dimostrato allorchè parleremo dei modi diversi coi quali viene *fondata* la servitù dell'acquedotto. Nelle osservazioni preliminari di questo Libro abbiamo già accennati questi modi, ed abbiamo veduto risolversi tutti nella *volontà* degl'interessati.

concorde della mia *volontà* e della mia *autorità*, come padrone e disponitore degli oggetti sopra contemplati.

§ 349. Fingasi per lo contrario che esistesse una legge, la quale obbligasse *ognuno* a non edificare che ad una data altezza, o a concedere l'acqua a lui sovrabbondante ad altri che la ricercano. Si domanda se qui potrebbe aver luogo la nozione di privata servitù, quale fu sempre intesa nel civile Diritto. Ognuno mi risponde di no. L'obbligo imposto per generale precetto di legge non forma dunque nè può formare il titolo originario costituente siffatte particolari servitù. Dunque per regola generale fu posto a buon diritto come primo carattere della definizione di questa servitù essere ella facoltà *consensuale*. Questa precisa specificazione mancava nella nozione data dal Pecchio e dalla comune dei dottori, perocchè col dire che il *jus* consiste nella ragione di fare o di non fare non si distingue se la facoltà derivi da un comando generale della legge, ovveramente da un atto consensuale privato. Ma se, come dicevano i vecchi scolastici, una buona definizione deve racchiudere *genere*, *specie* e *differenza ultima*, è manifesto che nelle volgari definizioni dell'acquedotto questa *differenza ultima* si trova ommessa, benchè per altro nella trattazione della dottrina apparisca come necessaria.

§ 350. *Consensuale*, e non *contrattuale*, fu appellata questa facoltà, e ciò per una rigorosa precisione. Colla parola *consensuale* si abbraccia tanto l'*espresso* quanto il *tacito consenso*; e però si dà luogo a comprendere l'acquisto del diritto anche per mezzo della semplice *pazienza*, ossia per mezzo dei requisiti della legittima prescrizione. Colla parola *contrattuale*, per contrario, questi mezzi di *tacito consenso* sarebbero stati esclusi, perocchè nella comune intelligenza un contratto non viene fatto che con atti espressi, benchè però in questi atti espressi si possano fingere cose sottintese, o dedurre cose tacitamente inchiuse. È però sempre vero che colla semplice pazienza non si fanno veri contratti; e però una volontà manifestata col semplice tacere non è propriamente volontà *contrattuale*. *Consensuale* dunque, e non *contrattuale*, dir si doveva la facoltà costituente la servitù, onde abbracciare tutte le specie di casi occorrenti.

§ 351. Fu detto che questa facoltà *consensuale* deve essere anche legittima, per indicare le *altre circostanze* richieste dalla legge, onde attribuire un diritto anche volontario. Credete voi forse che per acquistare un jus basti che il consenso non sia stato carpito con dolo o con errore o con ignoranza, o estorto con timore, o usurpato colla forza? Se ciò bastasse, sarebbe pur bastata la nuda qualificazione di *consensuale*. Ma

altri requisiti si ricercano, come più sotto si vedrà, per attribuire una facoltà approvata, protetta e avvalorata dalla legge. Una persona che acquista un diritto e contrae spontaneamente un obbligo deve essere nella data materia anche *civilmente capace*. Più ancora: fra capaci e consenzienti si può scientemente o eccedere o mancare in *equità;* si può mancare alle *forme* volute dalla legge per acquistare; si può in altra maniera fare un atto *nullo*. Oltre il consenso, devono adunque concorrere tutti i requisiti voluti dalla legge civile per *validamente acquistare*. Ecco il perchè fu aggiunta la parola *legittima*, che fu posta presso la parola *consensuale*.

§ 352. Dicesi in secondo luogo essere una facoltà di *esigere* da altri legalmente capaci un servigio positivo o negativo, ec. Due cose conviene annotare, alle quali questa frase necessariamente allude. Noi abbiamo detto che la servitù consiste essenzialmente in un *ufficio* o positivo o negativo. Quest'ufficio non può essere prestato che da una *persona*, e qui da una persona posta in libero commercio con noi. Qui dunque la relazione che doveva esprimersi non doveva cadere sull'oggetto *materiale* dell'acqua, ma bensì su quello che altri, avente diritto e capacità legale, può o non può fare circa queste acque. Dall'acqua materiale non si esige uffizio alcuno, ma a lei si comunica soltanto una data funzione materiale. D'altronde poi si contempla il *fatto legale*, il quale non colpisce nè può colpire che i rapporti di scambievole *autorità* di diritto fra gl'interessati. Dunque si doveva esprimere la *facoltà di esigere da altri* ciò che può essere di nostro interesse, e ciò che può dipendere dall'autorità propria sì nostra che loro.

§ 353. In terzo luogo fu posto che questi *altri* siano *legalmente capaci* a prestare l'uffizio domandato. Con ciò si allude alla qualità civile delle persone dalle quali si può legittimamente ottenere la servitù. Dico *ottenere*, perocchè coll'avere accennato la *facoltà legittima* in chi *acquista* la servitù, si comprende per ciò stesso la capacità civile di *acquistare*.

§ 354. In quarto luogo furono accennati atti *positivi* o *negativi* risguardanti il *deflusso* e la *direzione di un' acqua*. Quanto alla qualificazione di atti *positivi* o *negativi*, io non abbisogno di spiegazione dopo le cose dette nel Capo I. di questo Libro. Qui soggiungerò solamente, che dopo avere indicato nella definizione la *causa* costituente la servitù, e la *natura giuridica* di lei; e dopo avere indicata la *qualità personale* degli acquirenti e dei concedenti, qui si esprime la *qualità propria* dell'oggetto contemplato. Questa *qualità propria caratteristica* e *differen-*

ziale viene designata colla relazione al *deflusso* ed alla *direzione* di un' acqua. Con questa relazione si contraddistingue la servitù dell'acquedotto non solamente da qualunque altro *genere* di servitù, ma eziandio da ogni altra *specie* di servitù risguardante le stesse acque, come sarebbe il *cavar acqua*, lo *stillicidio*, l'*abbeverar con acqua*, ec. ec. Col *deflusso* s'indica un' acqua *scorrente* da un luogo più alto ad un luogo più basso. Con ciò viene segnata la differenza sì da un' acqua *estratta* da luogo basso, e sì da un' acqua *cadente* dal cielo, o da uno stillicidio, o altrimenti (1).

§ 355. Colla *direzione* poi aggiunta al *deflusso* s' indica un deflusso decretato o procurato dalla *volontà* dell' uomo. Senza di ciò mancherebbe il carattere specifico della servitù. Col deflusso puramente *naturale* non si costituisce una vera servitù (2): essa è una *condizione* materiale e naturale di un fondo, e forma una *circostanza puramente fisica* del medesimo, e mai una servitù consensuale. Si può, è vero, convenire che il deflusso non venga *cangiato o tolto;* ma nell'uno e nell'altro caso non si fissa per autorità privata una data *direzione;* nell'uno e nell'altro caso non si stabilisce una servitù.

§ 356. In quinto ed ultimo luogo fu soggiunto lo *scopo interessante*, il quale forma l' unico *motivo impellente* e *legittimante* la costituzione e la conservazione della servitù dell'acquedotto. Esso consiste nella mira di procacciare un benefizio, o di allontanare un danno reale contemplato. Tutto questo fu espresso colle parole: *onde ottenere un beneficio, o allontanare un danno reale inteso.*

§ 357. Ognuno sa che la legge non autorizza nè capricci, nè la mira a rovinare altrui (3). Così pure nemmeno vuole estendere i vincoli, nè aggravare nè defraudare i cittadini nè i contraenti privati al di là di ciò che fu o inteso espressamente, o la natura stessa degli atti essenzialmente richiedeva. Quindi soltanto l' acquistare un benefizio, o l' allontanare un danno *reale inteso*, formar può il vero motivo impellente e legittimante la costituzione, l' effezione, l' uso e la tutela d' una servitù.

---

(1) Vedi ciò che fu detto da principio, colla scorta anche delle leggi romane, in fronte all' Opera.

(2) Vedi sopra le leggi e le autorità citate, Lib. I. Capo XIII.

(3) Non solamente la legge riprova l'acquistare la condotta di un'acqua *ad aemulationem*, come dicono i dottori, ma eziandio non autorizza l'uso di un' autorità propria su di un'acqua per mira sola d' invidia, e di deteriorare la condizione di un terzo (vedi il Pecchio, Lib. I. Cap. VII. Quest. VII. *De aquaeductu*). La morale e la comune utilità proscrivono quest' abuso della privata autorità e vi pongono freno, come riprovano e pongono freno alla prodigalità.

§ 358. Una piena e ben marcata definizione non può essere altro che un ultimo *estratto* d'una completa teoria. Essa radunar deve in sè stessa tutti i termini eminenti e logici d'un intero corpo di dottrina. Ma noi versiamo sur una dottrina *positiva*, e noi premettiamo la definizione sistematica dell'oggetto di questa dottrina. Si riceva dunque la definizione esposta come *proposizione da provarsi*, e non come *risultato già dimostrato*. Si riguardi adunque come una *meta*, alla quale dovranno tendere le nostre ricerche; come un *punto di unione*, dal quale debbono partire ed al quale debbono ritornare le nostre mosse; come una *carta* che presenta il *campo preciso*, entro il quale ci dovremo aggirare; e finalmente come un *mezzo* onde *limitare*, *precisare* e *unificare* i principii e le regole di Diritto.

CAPO IV.

Specificazioni legali della servitù di acquedotto. Principio logico relativo.

§ 359. Colla *definizione* si esprimono i caratteri *essenziali* e *perpetui* degli enti sì fisici che morali; colle *specificazioni* poi si esprimono i caratteri *modali* e *variabili* degli enti medesimi. Sogliono i giureconsulti appellare i caratteri essenziali col nome di *requisiti sostanziali*, intendendo con ciò che la cosa non sussiste se non col concorso di questi caratteri. *Accidentali* poi sogliono chiamare le altre qualità o circostanze variabili, colle quali possono esistere gli atti o gli enti medesimi. Ad ogni modo non disputando del nome, ma cogliendo il concetto vero e solido della cosa, noi osserveremo che per comune consenso viene riconosciuta la distinzione fra i caratteri *essenziali* ed i semplicemente *modali* degli enti fisici e morali. Senza dei primi cessa il concetto della cosa; senza i secondi questo concetto sussiste bensì, ma non sussiste che in una considerazione *astratta*, *speculativa* e *generale*, e mai in un senso *concreto*, *pratico* ed *individuale*. Ma dall'altra parte niente in natura esiste o può esistere in senso astratto, generale e diviso; ma tutto esiste in senso concreto, particolare ed unito. Dunque volendo parlare degli affari umani, siamo costretti discendere alle *specificazioni*, dopo di avere addotte le definizioni.

§ 360. Non tutte le specificazioni però possono formare argomento delle legali dottrine, ma solamente quelle che possono *influire* nel pareggiamento delle utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà. Ecco perchè dopo di aver noi addotta la definizione sistematica

della servitù dell'acquedotto, dobbiamo discendere a parlare di quelle *circostanze accidentali*, ossia variabili, le quali possono influire sull'interesse tanto degli acquirenti, quanto degli obbligati a questa specie di servitù. Non è il bisogno solo di apprendere una verità intellettuale che ci obblighi a questa disquisizione, ma si aggiunge eziandio la necessità di fissare dettami giusti ed autorevoli di civile ragione tanto naturale, quanto positiva. Fingete, per esempio, che si disputi sulla *costituzione* di una servitù. O la disputa cade sui costitutivi *essenziali*, o cade sopra gli *accidentali*. Nel primo caso la quistione è di *nullità* o *validità* intrinseca; nel secondo caso poi la quistione versa sulla *forma semplice* di questa servitù. Fissato il punto di fatto, essere stata contratta, per esempio, la servitù di acquedotto, altro non rimane a discutere fuorchè se la forma sia piuttosto la tale, che la tal'altra. Dico la tale piuttosto che la tal'altra; perocchè posta l'*esistenza* di lei, ne nasce la necessaria conseguenza ch'essa verificare si deve sotto una data *forma particolare*, attesochè in natura esistere non può che sotto una data forma.

§ 361. Ora parlando in particolare della servitù dell'acquedotto, a che riducesi propriamente il di lei carattere *essenziale* e *perpetuo?* — Dopo le cose sopra esposte, rilevasi ch'essa consiste essenzialmente in un *servigio* positivo o negativo, risultante dal deflusso e dalla direzione di un'acqua privata. Ecco il suo carattere fondamentale, positivo e perpetuo. Ma questo servigio, sia temporaneo, sia perpetuo, sia continuo, sia interrotto, sia rivolto ad usi campestri, sia rivolto ad usi cittadini, sia destinato all'agricoltura, sia impiegato all'industria o ad altre esigenze della vita, questo servigio, dissi, *esiste sempre;* e ciò che varia le sue forme, la sua durata, la sua destinazione, non è che puramente e logicamente *accessorio* e *modale* al medesimo. Questa osservazione è infinitamente importante per tutte le quistioni che vengono agitate dalla comune dei giureconsulti, onde evitare una turpe confusione dei caratteri essenziali coi modali; confusione la quale trae conseguenze dannosissime per l'interesse dei privati in materia di acquedotto.

§ 362. Ed a fine di non prendere abbaglio nella lettura delle leggi e dei libri de'giureconsulti, conviene avvertire che altro è il dire che la servitù di acquedotto *possa essere* di tale e tale qualità, ed altro è il dire ch'ella *sia* essenzialmente di tale o di tal altro carattere. Colla prima locuzione s'indica soltanto, che questa servitù può rivestire una data forma fra le molte sotto le quali ella può esistere; colla seconda locuzione poi si può intendere che una tale qualità formi un *requisito essenziale e perpetuo* della servitù medesima. Quando piacesse confondere questa

maniera di vedere, si peccherebbe contro la logica ed il buon Diritto. Contro la logica, perchè una qualità variabile ed accidentale non può essere essenziale e perpetua; contro il buon Diritto poi, perchè si pronuncierebbero come intrinsecamente *nulle* quelle costituzioni di servitù, nelle quali non concorressero quelle tali circostanze; o almeno si dovrebbero collocare in una sfera diversa dalla categoria delle servitù di acquedotto. Ma dall'altra parte s'egli è vero che l'*essenza generale* consiste nel surriferito ufficio, astrazion fatta da *tempo*, da *luogo*, da *destinazione*, da *uso determinato*, ne viene la irrefragabile conseguenza, che si dovrà dire verificarsi la servitù di acquedotto tutte le volte che si verifica l'ufficio o servigio sopra contemplato.

§ 363. Questo servigio fu esso accordato *in perpetuo?* allora si dirà che il diritto di acquedotto è *perpetuo*. Fu esso accordato per un *tratto determinato di tempo?* allora dirassi *temporaneo*. Fu esso accordato colla condizione che cessi *a piacere* del concedente? allora dirassi *precario*. Fu esso accordato per usi *campestri*? allora la servitù dirassi *rustica*. Fu esso accordato per usi *cittadineschi?* allora si dirà *urbana*. Le denominazioni possono variare a norma di queste e di mille altre circostanze; ma in queste variazioni, trattandosi sempre di un *servigio* reso colla condotta di un'acqua, esso si dovrà sempre riguardare in genere come una servitù. Escludere dal rango una specie sarebbe lo stesso che escludere dal rango dei frutti il castagno, perchè non presenta la scorza liscia del pomo, del pero e del pesco (1).

CAPO V.

Se la servitù di acquedotto sia continua o discontinua.

§ 364. La quistione nella quale si tratta di sapere se una servitù sia *continua* o *discontinua* non può riuscire importante se non per la diversità degli effetti *interessanti* che trae seco questa differenza. Questi

(1) Prima di entrare ad esporre le varie *qualità individuali* della servitù dell'acquedotto, risultanti dalle condizioni diverse *interessanti* stabilite dal consenso legittimo, parer può ad alcuni che trattar si dovrebbe la quistione, se la servitù dell'acquedotto sia in sè *stessa* di tale *natura*, che in caso di rifiuto si possa costringere l'obbligato a prestarla; oppure se ne possa essere dispensato, pagando il *quanti interest*. Ma ponderando a dovere i termini della quistione, si scopre che questo non sarebbe il luogo da trattare una tale quistione; sì perchè essa si riferisce ad una data specie di servitù; sì perchè devesi consultare la giurisprudenza delle diverse legislazioni; e sì finalmente perchè involge tali e sì complessi rapporti, i quali non si possono ben valutare se non dopo aver bene ed accuratamente compreso la costituzione di questa servitù.

effetti consistono non tanto nella diversa *utilità* che questi due caratteri apportano, quanto nel diverso tempo che, secondo il Diritto romano, richiedesi per la *perdita* del relativo diritto. In prova di ciò udiamo che cosa dice il celebre Giovanni Voet. « Non utendo servitutes pereunt: decennio quidem inter praesentes; vicennio inter absentes (1). Et si servitutis usus aliquo modo ex conventione *interruptus* sit, dum vel alternis tantum diebus et horis, vel tantum de die, vel tantum de nocte aqua duci, iri, agi potest (2). Plane si alternis tantum annis alternisve mensibus, vel sola hieme, vel simul demum quinquenniis semel exercitium servitutis permissum sit; duplicato demum tempore, seu annis viginti, servitutes evanescere dicendum est, nulla tunc inter praesentes aut inter absentes distinctione servata (3). Cum enim jure veteri tempus usucapiendi liberationem a servitute biennium esset sive inter praesentes sive inter absentes, et in servitutibus hisce, quas doctores appellant DISCONTINUAS, duplicatum tempus esset praefinitum, Justiniano placuit jure etiam novo simpliciter duplicare auctum decennii tempus, et ita vicennium praescribere » (4).

§ 365. Più cose si rilevano da questo passo. La prima si è, che le servitù che appellansi *discontinue* traggono questa denominazione non dalla qualità materiale dell' *oggetto* sul quale cade il diritto, ma dalla *interrotta facoltà* di esercitarlo. La *continua* esercitar si può di giorno, di notte, ed in ogni momento, quand'anche di fatto non venga per tale maniera esercitata. Basta la sola *facoltà* di questo esercizio; e però basta che non sia escluso verun tratto di tempo prefinito, perchè si verifichi la continuità. Così se io ho il diritto di passare di giorno e di notte per un dato fondo, a me compete la servitù attiva *continua*, benchè di fatto non me ne prevalga sempre. All' opposto nella *discontinua* il mio diritto è *limitato* ad un dato tempo e a determinati intervalli, durante i quali non ho facoltà veruna ad esercitare gli atti competenti. Questa *interruzione*, queste pause, durante le quali *non ho diritto* di far servire la cosa o la persona altrui a mio vantaggio, frappongono sempre nel corso del mio godimento uno spazio, per il quale non procedo col corso del tempo se non per salto. *Discontinua* dunque a ragione dicesi la servitù, appunto perchè procede a dati intervalli.

---

(1) Legge penultima Cod. *De servitutibus et aqua.*

(2) Leg. *Si sic* 7. D. *Quemad. servit. amit.*

(3) *Argumento dictae legis* 7. D. *Quemad. servitutes amittuntur juncte.* Leg. ult. Cod. *De servitutibus et aqua.*

(4) Voet *ad Pandectas,* Lib. VIII. tit. 6. n.° 7.

§ 366. Non conviene confondere la *perpetuità* colla *continuità*. Una servitù può essere *perpetua*, benchè sia *discontinua*; perocchè si può stabilire, per esempio, che in tutti gli anni in perpetuo siami lecito per tanti giorni, o in una determinata stagione soltanto, di far servire la cosa altrui a mio beneficio.

Determinare la *continuità* o la *discontinuità* in conseguenza della *perpetuità* o *non perpetuità* d'un oggetto materiale o di un atto, come hanno praticato molti scrittori, è uno scambio informe ed antilogico. La servitù dev'essere presa nel suo senso legale di *facoltà morale*. Tutto ciò che non colpisce questa facoltà *in sè stessa* non può farle cangiar carattere. Se molti dottori avessero côlto il principio filosofico accennato da Papiniano, non avrebbero commesso lo scambio dal quale vengono oscurate le loro dottrine. « Intervalla dierum (dice quel sommo uomo) » et horarum non ad temporis *causam*, sed ad *modum* pertinent jure » constitutae servitutis » (1).

§ 367. Premessi questi schiarimenti di ragione e di autorità, ognuno vede di leggieri che non si può assolutamente ammettere il modo di vedere nè del Pecchio, nè degli scrittori da lui confutati; perocchè nè l'uno nè gli altri deducono i caratteri della *continuità* e della *discontinuità* della servitù dal suo vero *titolo di ragione* e *di autorità*. Invece di prendere in considerazione la *facoltà* di fare o di non fare o continuamente o a dati intervalli, essi si perdono in considerazioni accessorie ed inconcludenti. Allorchè il Pecchio ci dice che devesi prendere in considerazione la *causa primaria*, onde decidere se la servitù sia *continua* o *discontinua*, la ragione acconsente a questa proposizione, supponendo che per *causa primaria* egli intenda il *titolo legale* costituente la servitù. Ma tale assenso sparisce allorchè Pecchio soggiunge: « Servitus » viae vel itineris certum est in jure quod habet *causam* suam primariam, a qua procedit continuam. » E dà per ragione: « Cum servitus » sit realis, quae a re rei praestatur, fundum ergo qui praestat iter certum est esse perpetuum, ut oculis patet; ergo servitus itineris non erit » discontinua (2). »

§ 368. Con questa causale, sulla quale si aggira tutta la tesi del Pecchio, si commette un doppio scambio vizioso, riprovato sì dalla ragione che dalla legge.

In primo luogo si confonde la *perpetuità* colla *continuità*, mentre fu già spiegata la differenza che passa fra l'una e l'altra.

(1) Leg. 4. § 2. Dig. *De servitutibus*. — (2) Lib. I. Cap. I. Quest. I.

In secondo luogo, invece di dedurre la differenza fra la servitù continua e la discontinua dalla *facoltà* di usare in ogni momento o per soli intervalli d'un dato diritto, egli la deduce dalla *permanenza materiale* del fondo dominante e del serviente; locchè sovverte ogni nozione di ragione, di legge, e di pratica giurisprudenza. Con questa norma dovrebbesi dire essere lo stesso aver diritto perpetuo ad un'acqua per *un solo mese di estate*, come averlo per l'*intero anno senza interruzione*, stantechè i due fondi dominante e servente sono permanenti. Allora cessa ogni distinzione di *continuo* e di *discontinuo;* allora non è più vero quanto con Papiniano viene dichiarato dalla legge, che la *continuità* e la *discontinuità* vengano desunte dal *titolo costituente* la servitù, e riguardino il *modo* di esercitarlo, e non la *causa* materiale del tempo.

§ 369. Io non mi estenderò ulteriormente a rettificare le altre idee dell'autore. Troppo lungo e nojoso sarebbe questo lavoro. Basti avere colpito il principio fondamentale, dal quale dipende tutta l'argomentazione, per somministrare al lettore il mezzo onde riformare da sè stesso il rimanente. Invece io credo di dover portare l'attenzione sulla breve conclusione dell'autore, e di compiere il vero concetto della cosa. « Conclu-
» sio nostra est (dice l'autore), servitutem tam primo quam secundo modo
» concessam esse continuam non discontinuam ea ratione, quia inter-
» valla dierum vel horarum non ad temporis causam, sed ad modum con-
» stitutae servitutis pertinent.... quia non faciunt servitutem temporis,
» sed dicitur *pura* et *perpetua.* »

Qui, come ognun vede, l'autore confonde il *perpetuo* col *continuo;* come se un perpetuo *frammezzato* da pause costanti fosse identico con un perpetuo *senza pause*. Più ancora: qui l'autore prende la legge da noi citata in senso precisamente inverso di quello da lei spiegato. Imperocchè Papiniano dicendo che gl'intervalli dei giorni e delle ore si riferiscono al *modo* e alla *misura* del diritto di servitù, per ciò stesso insegna in primo luogo a distinguere l'*essenza generale* o la *sostanza* della servitù dai diversi *modi particolari* sotto i quali può esistere. In secondo luogo poi insegna che una servitù senza intervalli è *distinta* e *diversa* da una servitù *interrotta*. Il senso comune infatti vi dice, che negl'intervalli liberi il padrone del fondo servente gode della libertà, e quello del dominante può essere privato di un possibile comodo. Tutto ciò fa variare il diritto fondamentale di servitù. Imperocchè questa circostanza non si verifica nè punto nè poco nella servitù *escludente questi intervalli*, talchè in essa non si può a favore del servente accennare veruno spazio o verun tempo di libertà. Ma, secondo la teoria dell'autore,

questa differenza cotanto decisiva anche per l'interesse delle parti viene considerata come *nulla*, e la confusione giunge al punto di sovvertire la più ovvia e la più naturale intelligenza del testo della legge.

§ 370. Se si volesse instituire una quistione filologica sul testo citato dall'autore, cioè sul testo stesso sul quale noi argomentiamo, si potrebbe domandare che cosa abbia inteso Papiniano colla parola *modum*. Per noi risponde Gottofredo colle seguenti parole: *Modus quid est? Qualitas utendi. Nam contractus ex conventione legem accipiunt*. Da questa spiegazione è manifesto quale sia il vero senso delle parole di Papiniano assunte dallo stesso Pecchio. È manifesto che qui Papiniano ha voluto parlare, ed anzi si è riferito espressamente alla facoltà stessa di usare della servitù; e propriamente si è riferito alle condizioni ed ai limiti stabiliti coll'atto stesso costituente la servitù. Da ciò è manifesto che il Pecchio ha scambiato il senso della legge, ed ha attribuito a lei un effetto diverso da quello che le sue parole esprimono.

§ 371. Conviene per altro confessare che i sostenitori della sentenza comune, combattuta dal Pecchio, ponevano male la loro tesi. Qui si parla del criterio, onde distinguere in generale le servitù *continue* dalle *discontinue*. Fissato questo criterio, non rimane che l'applicazione. Ora udiamo come la comune dei dottori esponesse questo criterio.

I giureconsulti, dice il Pecchio, insegnano quella appellarsi *servitù continua*, la quale pel suo uso non esige il ministero dell'uomo fuorchè nel suo principio. Tali sono quasi tutte le servitù urbane. Così lo stillicidio, dappoichè fu imposto, non abbisogna più dell'opera dell'uomo. Così la trave, dopo che fu immessa nella parete, continua sempre mai, nè contro di lei può correre prescrizione in favore della libertà, se non v'intervenga il fatto dei cointeressati (1). Così, per esempio, se la trave si rompesse, e che il foro lasciato fosse otturato, ed il padrone dell'edificio dominante tacesse per tanto tempo e colle circostanze proprie a compiere l'usucapione, si verificherebbe appunto il caso dell'ora figurata libertà.

Discontinua all'opposto appellasi quella servitù, la quale esige il ministero dell'uomo non solamente per costituirla, ma eziandio per esercitarla e per usarne. Tali, per esempio, sono quasi tutte le servitù rustiche, nelle quali conviene sempre operare (2).

---

(1) Vedi il testo della leg. *Haec autem*. V. Digest. *De servitutibus urbanorum praediorum*. Leg. *Si quis XVIII*. § *Si cum jus* Digest. *Quemadmodum servitutes amittantur*, colle annotazioni di Bartolo. Leg. IV. § *Libertatem*, Digest. *De usucapionibus*.

(2) Leg. *Servitutes XIV*. Digest. *De servitutibus*.

A questa dottrina comune io non aderisco, ma sono di contraria sentenza (1).

§ 372. Da questa esposizione rilevasi che la comune dei dottori sosteneva una buona tesi con una cattiva causale. Invece di far valere il carattere proprio ed essenziale che distingue la servitù *continua* dalla *discontinua*, impiegano il *mezzo* col quale alcune volte soltanto *si esercita* la medesima servitù. La *continua*, dicono essi, è quella che *pel suo uso* non esige il ministero dell'uomo fuorchè nel suo principio. *Discontinua* all'opposto è quella la quale esige il ministero dell'uomo. Certamente assumendo come criterio l'uso della servitù, che può essere o comune o accidentale, si commette uno scambio logico, come si è dimostrato pensando ai principii esposti in questo Capo.

§ 373. Possiamo dunque concludere essere il Pecchio dalla parte del torto quanto al merito; ed essere la comune dei dottori dalla parte della ragione quanto al merito, e dalla parte del torto quanto alla causale che impiegano, ossia meglio al criterio che usano per distinguere la servitù *continua* dalla *discontinua*. Duolmi che questo criterio venga incontrato anche nel Codice Napoleone. Ma pare aver egli ciò fatto per adattarsi alla comune maniera di vedere dei giureconsulti.

§ 374. Venendo quindi alla servitù dell'acquedotto, noi dir dobbiamo non essere per sè medesima, ossia di sua natura, *continua* o *discontinua*; ma poter essere o l'uno o l'altro, secondo che viene costituita, sia con espresse parole, sia colla destinazione, sia col possesso legalmente introdotto e continuato.

CAPO VI.

Schiarimento importante all'intelligenza delle leggi romane in materia di servitù.

§ 375. L'argomento discusso nel Capo antecedente riguarda propriamente due *forme* diverse, sotto le quali può naturalmente esistere la servitù di acquedotto. In pratica poi è per sè manifesto che il continuo o il discontinuo *uso* dell'acquedotto privato deve essere stabilito per iscambievole consenso dello stipulante e dell'accettante. Lo stabilimento della continuità o discontinuità fu sempre praticato. La convenzione relativa vien pure avvalorata tanto dal Diritto romano, quanto dalle altre successive legislazioni. Da che dunque è derivata la disputa, da che la confusione,

(1) Lib. I. Cap. I. Quest. I.

da che l'equivoco che fu preso anche dal Pecchio? Ciò si deve attribuire al senso in cui nella più antica giurisprudenza romana fu per lo più adoperato il nome generico e puro delle *servitù* risguardanti le cose godevoli. E qui conviene annotare in particolare un passo di Papiniano inserito nel Digesto, e sul quale Pecchio ha nel Libro IV. instituita un'apposita quistione (1). La quistione è la seguente: « An servitus aquae» ductus possit constitui ad diem, vel ad tempus, vel sub conditione, vel » ex tempore. » Questa quistione fu proposta a fine d'interpretare un testo di Papiniano riportato nella legge *Servitutes* 3. Digest. *De servitutibus.* Questo testo è il seguente: « Servitutes ipso quidem jure, neque » ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam » conditionem (verbi gratia, quamdiu volam) constitui possunt. Sed ta» men, si haec adjiciantur per pacti, vel doli exceptionem, occurretur » contra placitum servitutem vindicanti. » E qui soggiunge il Pecchio: « Haec lex ab interpretibus reputatur valde difficilis in ejus explicatione, » et tamen est valde utilis pro investiganda natura servitutis concessae; » e però l'autore si sforza di schiarire il senso di questo passo. Dopo di avere alla meglio commentate le parole di Papiniano risguardanti le frasi *neque ex tempore, neque ad tempus*, viene a parlare dell'altra frase *neque sub conditione.* E qui soggiunge: « Difficultas autem versatur circa » conditionem, in qua explicanda valde laborant interpretes, quomodo » sit intelligenda in materia servitutum. » Volendo egli superare questa difficoltà, imprende a considerare la differenza fra le servitù personali, cioè l'usufrutto, com'egli dice, e le servitù reali.

§ 376. Io credo cosa indispensabile di schiarire la mente di Papiniano sì per l'intelligenza dei passi delle leggi romane, e sì per l'apparente opposizione colla teoria filosofica e naturale da me posta di sopra, la quale si opporrebbe di fronte alla sentenza dello stretto Diritto romano antico. Ogni difficoltà verrà levata allorchè sapremo l'impiego della parola *servitù*, seguendo l'uso ordinario più antico dei Romani. Dico seguendo l'uso ordinario più antico, e non il concetto naturale e filosofico della cosa, e meno poi l'estensione del diritto delle servitù data colla compilazione del Codice giustinianeo, e coll'univoca forza legislativa ai responsi degli autori inseriti nel Digesto. Pensando quale fosse o dovesse essere il più antico senso di *servitù*, parlando dei servigi de' beni, era naturale che la parola *servitù*, senz'altra aggiunta, venisse impiegata riportandosi agli *usi comuni* praticati nella vita civile dai Romani. Questi usi poi erano rela-

(1) *Quest.* XLVIII. Lib. IV. *De aquaeductu.*

tivi allo stato di civiltà e d'industria della popolazione. Ciò posto, se noi domandiamo quali erano *per antonomasia* le servitù contemplate dai Romani, troviamo ch'esse erano le *prediali*. Di ciò ne fanno fede tutte le leggi, e testimonianza i buoni interpreti. Su di ciò si consulti specialmente il celebre Voet nelle sue Pandette, Lib. VIII. tit. 1. n.° 1. 2. 3. 4. Fissato il concetto delle *servitù prediali*, tosto l'attenzione si concentrava nelle relazioni fra l'uno e l'altro *fondo* immobile, e fra i bisogni proprii a questi fondi. Era ben naturale che, limitata l'idea a questa sfera di rapporti e di bisogni, non si pensasse ad altri servigi men consueti, temporarii ed accidentali. Da ciò ne veniva, come ne venne diffatti, che il giureconsulto disse che la servitù dell'acquedotto non si poteva dedurre da uno stagno o da un lago che inaridiscono, e che non si può stabilire fuorchè su di un'acqua perenne; perchè non si poteva alle servitù prediali dare limiti di tempo, nè varietà di condizione. In breve, fissata l'idea ristretta dei rapporti e dei bisogni prediali stabili e perpetui, si escludeva in conseguenza qualunque altro rapporto *incompatibile*.

§ 377. Ma la verità e la natura genuina delle cose si faceva pur sentire alla ragione. E però conciliando l'applicazione consueta della parola *servitù* coll'applicazione filosofica di questa parola, ne nasce la distinzione interpretativa, colla quale dir dobbiamo che i Romani allorchè limitano nella maniera sovra esposta il concetto e la ragione delle servitù, non intendono di comprendere tutte le specie possibili di servitù, ma unicamente intendono parlare delle consuete *servitù prediali*.

§ 378. La prova positiva di questa distinzione risulta dalle seguenti considerazioni. Nella legge VIII. Digest. *De servitutibus* il giureconsulto Paolo insegna, che allorquando si accorda la facoltà o di cogliere frutti in un *fondo* altrui, o di passeggiare o di cenare, *non si costituisce una servitù*. « Ut pomum decerpere liceat, ut spatiari et ut coenare in alieno » possimus, servitute imponi non possit. » Si noti bene: qui non limita tempo alcuno, e però questa facoltà si può intendere accordata anche *in perpetuo*. Eppure Paolo pronuncia, che con questa facoltà accordata da un padrone del fondo non viene imposta una servitù. Ma il buon senso e la ragione vi rispondono, che Paolo qui vi parla grammaticalmente, e non giuridicamente, nè logicamente. Egli vi dice che con questa concessione non viene imposto quel servigio che nel significato in allora usitato chiamavasi *servitù*. In breve, egli parla di una *servitù prediale*, la quale appunto veniva d'ordinario significata presso i Romani con la parola *servitù*. La sentenza di Paolo allora regge. Che se per lo contrario colla parola *servitù* si volesse comprendere *ogni specie di servitù*, la sentenza

di Paolo sarebbe contro ragione. Di questo parere è anche il celebre Voet, il quale dopo avere recato il testo surriferito di Paolo soggiunge: « Non » aliud eo indigitatum existimo, quam quod praedio talis servitus acquiri » non possit; cum et spatiari et coenare et pomum decerpere non praedii, » sed personae jus sit, ad amoenitatem hominum magis, quam ad prae- » diorum commoda respiciens; adeoque, uti in tituli hujus inscriptione, » ita et in leg. 8. servitus non generaliter, sed sola realis intelligenda est; » alioquin et pomum decerpere et spatiari et coenare in alieno, procul » dubio ad servitutem usus, certo modo limitatum, reduci posse, non est » quod dubitetur » (1).

§ 379. Il Pothier nelle sue Pandette, dopo avere addotta la definizione della *servitù* nel senso ristretto e preciso dei romani giureconsulti nella seguente maniera: *Servitus est jus praedio impositum, quo quis in suo aliquid pati aut non facere cogitur* (2), soggiunge nel seguente articolo, § 8, quanto segue: « Cum ex substantia servitutum praedialium » sit, ut praedio servitus debeatur; hinc concluditur servitutem praedia- » lem constitui non posse nisi quae praedii utilitatem respiciat. Hinc ut » pomum decerpere liceat, et ut spatiari et ut coenare in alieno possi- » mus, servitus imponi non potest. » Leg. 8. Paul. Lib. XV. ad Plaut. E qui in nota alla parola *servitus* soggiunge: *praedialis scilicet; potest autem personalis.* Dal che si comprende che i due sommi interpreti Voet e Pothier concorrono nell'unanime sentimento, che nel linguaggio ordinario degli antichi giureconsulti il nome di *servitù semplice* veniva applicato alle servitù prediali.

§ 380. Ciò però non poteva alterare, come non alterò diffatti, le disposizioni di Diritto risguardanti *anche altre specie di servitù* strettamente non prediali. Noi ne abbiamo una doppia prova tanto da quello che viene soggiunto dal detto Pothier, quanto da quello che viene annotato dal Voet. Tanto l'uno quanto l'altro non soggiungono nulla del proprio, ma fanno riflettere le disposizioni positive e legislative del testo stesso romano. Da queste disposizioni emerge precisamente la sentenza nostra sopra riferita, tanto in via filologica, quanto in via legale. In via filologica per assegnare il significato ricevuto; in via legale per assegnare il diritto statuente, e quindi la ragione interessante delle servitù.

§ 381. La prova di quello che dico qui risulta dai seguenti passi. Il Pothier dopo le parole sopra recate prosegue colle seguenti:

« Benigne tamen placuit, ut etiam de his quae non utilitatem prae-

(1) Voet ad *Pandectas,* Lib. VIII. tit. 1. n.° 1. — (2) Lib. VIII. tit. 1. art. 1. § 1.

» dii proprie dictam spectarent, sed aut ejus salubritatem aut amoenita-
» tem, servitus constitui posset. » — Hinc « jus cloacae mittendae, ser-
» vitus est. » Leg. 7. Ulp. Lib. XIII. *ad Leg. Jul. et Pap.* — Et « hoc jure
» utimur, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amoenitatis,
» aqua duci possit. » Leg. 3. Digest. *De aqua quotid. et aest.* Pompon.
Lib. XXXIV. *ad Sabin.*

« Haec autem sententia, quamvis a quibusdam improbaretur, con-
» firmata est a rescripto Antonini, ut refert Ulpianus. = De aqua per ro-
» tam tollenda ex flumine vel haurienda, vel si quis servitutem castello
» imposuerit, quidam dubitaverunt ne hae servitutes non essent? Sed re-
» scripto imperatoris Antonini ad Tullianum adjicitur. = Licet servitus
» jure non valuit; si tamen hac lege comparavit, sed alio quocumque
» legitimo modo sibi hoc jus acquisivit, tuendum esse eum qui hoc jus
» possedit. » Leg. 2. *Communia praed.* Ulp. Lib. XVII.

§ 382. Da questo passo che cosa rileviamo noi? Noi rileviamo che, secondo il *senso verbale* impiegato dalle vecchie leggi, la servitù in genere si restringeva alle cose ed ai rapporti puramente *prediali.* Ma la ragione e la natura esigendo un' *ampliazione*, i giureconsulti romani posteriori e l'autorità stessa imperante, abbandonato il gretto e vincolante rigore del vecchio significatò, lo estesero anche alle servitù non ricevute prima nel significato legale. In conseguenza di ciò quest'autorità legislativa attribuì ad *altre forme di servitù* lo stesso diritto che fu prima appropriato alle rigorosamente prediali.

§ 383. Confessare per altro si deve, che con quest'ampliazione nascere doveva una specie di conflitto nella intelligenza testuale delle dottrine dei giureconsulti che scrissero in diversi tempi. Questo conflitto vien tolto colla cognizione delle mutazioni successive avvenute. Diffatti dir si doveva essere bensì vero che il concetto di *servitù*, impiegato d'ordinario dalla gretta giurisprudenza antica, esclude i caratteri delle varie altre servitù strettamente non prediali; ma ciò non ostante doversi applicare *anche a queste altre* la conservazione, la tutela e l'approvazione della suprema autorità. Allora la quistione non è più di *diritto*, ma di *parole.* Chiamate con quel nome che vi piace questi altri servigi utili: a me basta che vengano riconosciuti per legittimi, e che mi vengano guarentiti dalla pubblica autorità. Ecco ciò che realmente fu praticato, come abbiamo veduto col Pothier. Con ciò viene appianata la strada e preparata l'ovvia intelligenza del testo di Papiniano recato dal Pecchio, e che pose a tortura il cervello dei dottori, come sopra si è veduto.

§ 384. In forza delle cose sovra esposte ecco il senso del recato te-

sto. = Le servitù, secondo lo stretto Diritto antico e ricevuto, stabilir non si possono nè temporariamente, nè interrottamente, nè sotto condizione, nè in mira ad una certa condizione (come, per esempio, finchè io vorrò). Ciò non ostante se queste forme fossero state convenute, si potrà contro colui che pretendesse la servitù pura e perpetua del vecchio Diritto opporre l'eccezione di dolo, o del patto contrario. = Il senso dunque di questa sentenza di Papiniano si è, che la servitù si possa costituire *ex tempore, ad tempus, sub conditione, ad certam conditionem*, malgrado che la legge positiva e la giurisprudenza ricevuta anteriore non autorizzassero queste diverse forme. Nacque opposizione fra i grammatici positivi, come già avvertì il Pothier dietro la notizia di Ulpiano; ma questa opposizione fu tolta dal citato rescritto dell'imperatore Antonino, il quale emancipandosi dal senso verbale, e facendo valere la ragione naturale di Diritto, emanò appunto il sopra riferito rescritto.

§ 385. Il senso da noi allegato del succitato testo di Papiniano concorda perfettamente con altri testi, e finalmente col senso allegato dal Voet. Eccone le parole: « Omnes quoque servitutes, licet neque ad tem» pus, neque ad certam usque conditionem constitui ipso jure possint; » tamen si dies aut conditio adjecta fuerit, doli vel pacti exceptione oc» curri posse contra placita servitutem vindicanti, admissum fuit. — Leg. » *Servitutes* 4. Digest. *De servitutibus*. Qua ratione precario etiam con» cedi posse servitutes tum rusticas, tum urbanas, Pomponius et Gajus » docent leg. *Ait Praetor* 2. § ult. leg. 3. *Et habet* 15. § *Precario* 2. Di» gest. *De precario* » (1).

§ 386. Ognuno vede di leggieri, che se le servitù tanto rustiche quanto urbane si possono concedere anche a titolo di precario, secondo il testo medesimo di queste leggi, non regge più il divieto che non si possano concedere o dipendentemente da una condizione o sotto una condizione, per esempio *quamdiu volam*, ma anzi si verifica tutto il contrario. Ciò nasce appunto dall'ampliazione fatta alla giurisprudenza positiva prima vigente; ampliazione la quale fece sì che ciò che prima non era compreso e sanzionato lo fosse dappoi, e ciò che prima veniva escluso divenisse poscia inchiuso. In breve, la limitata nozione delle servitù fu *estesa* al pieno e naturale concetto delle medesime; e quindi furono attribuiti gli effetti di diritto *a tutte le forme*, sotto le quali la servitù poteva esistere e stipularsi. Con ciò noi ad un tempo stesso veggiamo come intendere si debba il sovra recato testo di Papiniano, e come venga avvalorata

(1) Voet *ad Pandectas*, Lib. VIII. tit. 4. n.° 18.

la sentenza nostra, colla quale abbiamo esteso il concetto modale delle *servitù*, dopo di averne definito l'essenziale.

§ 387. La disputa che insorse al tempo dell'imperatore Antonino, sorgere non poteva più nei secoli posteriori, nei quali la romana giurisprudenza, emancipata dallo stato gretto nel quale prima si trovava angustiata, come già osservò il Gravina, acquistò un'ampiezza, un raffinamento di equità, ed una pieghevolezza tutta conforme alla ragione naturale. Dovevano dunque i dottori raccogliere l'*ultimo risultato* di questa giurisprudenza; e però nelle ultime disposizioni della medesima dovevano ricercare le nozioni direttrici della *ragione civile dominante*. Intendere dunque dovevano che Papiniano ove dice *ipso quidem jure* allude alla *ragione positiva* adottata dalla vecchia giurisprudenza, o, se si vuole, anche al senso impiegato dalle emanate leggi; ma soggiungere poi dovevano l'ultima sentenza dell'autore. Allora tutto diveniva piano, facile, conseguente; e, quel ch'è più, tutto riusciva consentaneo alla ragione ed alla naturale equità. Ma per mala sorte quest'ovvio senso sfuggì a questi dottori, e quindi la difficoltà rimase intiera, ed oscurato il senso dell'ultima romana giurisprudenza. Qual'è la tesi generale che emerge dalle fatte considerazioni? Essa riducesi alla seguente. = Secondo la vetusta legislazione romana gli attributi ossia il predicato di *servitù reale*, ed i diritti conseguenti, venivano ristretti alle servitù prediali rigorosamente considerate: quindi ciò che era incompatibile coi rapporti logici ed interessanti di queste servitù non veniva avvalorato dall'autorità positiva. Ma questa legislazione fu posteriormente ampliata; e però, tolti gl'inciampi entro i quali essa era prima angustiata, fu estesa a tutte le forme naturali di servitù. =

CAPO VII.

Se fra le specificazioni delle servitù si possa comprendere anche il precario, e quindi il precario in materia di acquedotto.

§ 388. Tale quistione riguarda i caratteri costitutivi della servitù di acquedotto. Nel Capo I. di questo Libro fu già proposta cotesta quistione. Essa cade appunto sotto le *specificazioni legali* di cotale servitù, nel senso già spiegato nel Capo IV. di questo stesso Libro. La risposta a tale quistione è fatta tanto dalla ragione, quanto dall'autorità positiva. Dico in primo luogo dalla ragione; imperocchè è per sè manifesto che il servigio prestato da un acquedotto costituito precariamente non è intrinsecamente *diverso* dal servigio di un acquedotto costituito obbligatoria-

mente. La differenza fra l'uno e l'altro sta solo in ciò, che col precario il servigio può essere tolto a beneplacito del concedente (salve però certe condizioni, di cui si dirà più sotto), dovechè nell'acquedotto obbligatorio non può esser tolto a beneplacito del concedente; com'è noto e come consta confrontando la definizione già data di sopra del *precario* colla definizione della *concessione contrattuale*. Dico in secondo luogo dall'autorità positiva, e ciò consta compendiosamente dalle parole già citate del Voet nel Capo antecedente, e che qui si riproducono. « Qua » ratione precario etiam concedi posse servitutes tum rusticas, tum ur» banas, Pomponius et Gajus docent etc. »

§ 389. Qui basti di avere accennata la tesi, che nell'acquedotto precario effettuandosi gli stessi servigi dell'acquedotto con altre forme conceduto, ne segue che il concedente *prestando la servitù*, benchè lo faccia non obbligato, non lascia di prestarla realmente. Se un amico presta ad un altro un servigio gratuito domestico, lascerà forse di essere servigio, o diverrà forse in sè stesso diverso dal servigio stipendiato? Il titolo giuridico potrà essere *diverso*, ma l'oggetto giammai. Noi dovremo tornare più sotto su questo argomento, allorchè tratteremo delle diverse maniere colle quali si può fondare il diritto costituente delle servitù. In questo luogo ci rimane solo la ispezione, se tra le diverse specificazioni delle servitù si possa comprendere anche quella che viene fondata da una concessione a titolo di precario, ossia per la libera volontà del concedente, rivocabile a di lui beneplacito. Tutto ciò poi che spetta ai rapporti conseguenti di Diritto, ed alle azioni giuridiche che ne emergono, deve essere rimesso alla trattazione propria di questo argomento.

§ 390. Parlando noi in particolare della servitù di acquedotto, nella quale altro far non si può che un'applicazione della teoria comune delle servitù, concludere dobbiamo che anche il precario in materia di acque debba pel suo oggetto annoverarsi fra le specie singolari della servitù dell'acquedotto, e quindi riguardarsi come una servitù rivocabile a piacere del concedente. Spinta la cosa a questo punto, noi veggiamo una conferma del pieno e filosofico concetto delle *servitù*, ossia dei servigi consensuali prestati dalla condotta delle acque in via di *sociale ufficio*. Io bramo che questo aspetto venga côlto e abitualmente collocato in mente, come quello che diriger deve in ultima analisi tutti i dettami di Diritto tanto statuente, quanto contenzioso. Conosco essere difficile di emanciparsi dal modo materiale appreso dai volgari giureconsulti; ma dico in pari tempo non potersi pronunciare veri giudizii e concepirsi sane decisioni senza prendere in mira il concetto filosofico e legale già esposto.

CAPO VIII.

Delle qualificazioni di reale *e* personale *attribuite alla servitù di acquedotto.*

§ 391. Nella legge 1. §. 43. del titolo *De aqua quotidiana et aestiva* trovasi il seguente passo: « Jus aquae datur interdum praediis, interdum » personis. Quod praediis datur extincta persona non extinguitur; quod » datur personis cum personis amittitur. Ideoque neque ad alium domi» num praediorum, neque ad haeredem vel qualemcumque successorem » transit. »

Da questo testo è per sè chiaro che la servitù dell'acquedotto talvolta si considera *reale*, e talvolta *personale*. La prima si considera inerente al fondo, e dura finchè egli sussiste, e però ella passa nelle mani di chiunque acquista il fondo. Così dicesi tuttodì: *quella tal possessione, quel tal podere, quel tal orto ha una ragione di acqua.* Così negli atti che si celebrano si trova che il tal fondo fu venduto con una data ragione di acqua. Non è così della ragione che dicesi *personale*, come ora fu veduto; perocchè mancando la persona, cessa il diritto, nè più è trasmissibile a verun erede.

§ 392. Il *personale*, del quale si parla qui, altro veramente non significa che una condizione per limitare la durata della servitù alla durata della persona. *Vitalizia* dunque potrebbe denominarsi, allorchè fosse stata conceduta vita durante soltanto del concessionario. Il *personale* qui si riferisce solamente alla durata della vita, e quindi sotto questo rapporto indurrebbe la servitù *temporanea*, e si opporrebbe soltanto alla *perpetua*. Rigorosamente dunque parlando, non si potrebbe contrapporre alla *reale*, ma solamente alla *perpetua*.

§ 393. Ma può darsi il caso che la servitù dell'acquedotto fosse *personale* sotto di un altro rapporto. Così, per esempio, fino a che tu rimarrai al godimento di un dato fondo, o fino a che tu dimorerai nel dato luogo, tu avrai godimento di una tal mia acqua corrente. In questo caso la relazione non è più vitalizia, ma è annessa ad una data posizione o ad una data facoltà propriamente tutta personale. Se dunque si avesse anche in mira di giovare alla coltivazione di un dato terreno a contemplazione della persona, come nell'esempio sopra recato, è per sè manifesto che la servitù sarebbe puramente *personale*, perocchè la di lei durata dipende da un dato stato, da una data posizione, da una data facoltà annessa alla persona stessa del concessionario.

§ 394. Qual è dunque il criterio che propriamente distinguer deve la qualificazione di *reale* dalla qualificazione di *personale?* Questo criterio si deduce dalla *destinazione ed uso concordato* dalle parti. Un'acqua fu essa destinata ad un bisogno perpetuo, diretto ad un ufficio o ad una funzione propria di un immobile? allora dicesi *reale*. Fu essa destinata o annessa ad uno stato, ad una qualità, ad una funzione personale? allora dicesi *personale*, malgrado che la funzione immediata e materiale dell'acqua venga esercitata sopra un bene stabile.

§ 395. E qui conviene sempre pensare che la relazione delle cose e dei beni si può dire in ultima analisi sempre *personale*, perocchè l'oggetto è sempre l'utilità, la quale viene ritratta dalla persona. Per la qual cosa può accadere benissimo che il *reale* (fatta astrazione dalla sua funzione materiale) dipenda intieramente dallo stato eventuale della persona medesima. Col *reale* si aggiunge veramente un *valore* stabile ad un fondo: esso acquista, per l'attribuzione di una servitù attiva, una nuova *qualità utile*, la quale non viene perduta se non col perire del fondo medesimo, o coll'espressa volontà del proprietario.

§ 396. Dunque devesi consultare l'atto di concessione, onde discernere se abbiasi voluto o no fare un'acquisizione *reale*, o solamente una *personale*. Restringersi alla qualità *materiale* della servitù, egli è lo stesso che adoperare un criterio *equivoco*, il quale potrebbe giustamente essere rivocato in dubbio, e potrebbe diffatti distruggere facilmente una servitù *reale*, e limitarla alla *personale*, giusta la regola, che nel dubbio si deve assumere il partito meno vincolante e gravoso per chi alienò o si obbligò: sì perchè non è presumibile che uno voglia estendere contro di sè un'obbligazione; e sì perchè si deve far valere la regola, che nelle dubbie stipulazioni le parole debbonsi interpretare a favore di chi si obbliga, giusta il testo: *fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba latius concipere*, come dice la legge.

§ 397. Il criterio da noi addotto viene espressamente corroborato dalla disposizione espressa della legge. Eccone la prova. Nel testo che poco fa abbiamo addotto è vero, o no, che l'oggetto di cui si tratta consiste in una condotta di acqua da un fondo all'altro? Ciò è indubitato. Dunque è per sè chiaro che qui l'oggetto materiale ed il servigio fisico è perfettamente lo stesso di quello della servitù *reale*. Eppure questa servitù può essere, come dice il testo, anche *personale*. E perchè ciò? Perchè la condizione colla quale fu conceduta può inchiudere la destinazione e la relazione alla sola persona. Ecco dunque che la pura considerazione della funzione materiale dell'acqua non costituisce per sè il criterio le-

gale qualificante la servitù. Dunque conviene ricorrere ad un altro mezzo termine per distinguere la qualificazione di *personale* dalla qualificazione di *reale*. Questo mezzo termine, giusta la legge medesima, in che consiste? Egli consiste nel vedere la *mira* avuta nella concessione della servitù, e nel far consultare se si abbia voluto o no accrescere e *dotare* il *fondo* con una vera ragione di acqua, o no. Diffatti proseguasi la lettura di questa legge, e si troverà quanto segue: « Plane ei ad quem dominium transit impetrabile (jus aquae) est; nam si docuerit praediis suis » aquam debitam, et si nomine ejus fluxisse a quo dominium ad se transit, » indubitate impetrat jus aquae ducendae; nec est hoc beneficium, sed » injuria, si quis forte non impetraverit. » Che cosa veggiamo noi qui? Noi rileviamo che qui Ulpiano contempla la quistione che potrebbe insorgere fra il concedente ed il successore del concessionario sull'articolo, se il diritto dell'acqua sia stato *reale* o *personale*. In quale maniera si può decidere questa quistione? Qui risponde Ulpiano: se il successore dimostrerà che l'acqua era dovuta al fondo, e che decorse per titolo di servigio, di possesso, di dotazione del fondo, questo successore potrà a buon diritto ripetere il beneficio dell'acqua. « Si docuerit praediis suis aquam » debitam, et si nomine ejus fluxisse a quo dominium ad se transit » qui dice Ulpiano.

Questo non è ancor tutto. Nella legge 4. Dig. *De servitutibus praediorum rusticorum* troviamo la seguente legge: « Pecoris pascendi ser- » vitutis item ad aquam appellendi si praedii fructus maxime in pecore » consistat, praedii magis quam personae videtur. Si tamen testator perso- » nam demonstravit cui servitutem praestare voluit, emptori vel haeredi » non eadem praestabitur servitus. » Nella legge 87. dello stesso titolo leggesi quanto segue. « Lucius Titius Gajo Sejo fratri salutem plurimam. » De aqua fluente in fontem quem pater meus in istmo instruxit, do con- » cedoque tibi gratuito digitum sive ad domum quam in istmo tenes, » sive quocunque tandem volueris. Quaero an hac scriptura usus aquae » etiam ad haeredes Gai Sei pertineat? Paulus respondit: usum aquae » personalem ad haeredem Sei quasi usuarii transmitti non oportere. »

§ 398. Si ponderino queste due leggi, e si troverà una luminosa conferma del criterio sopra stabilito. Da ciò si dedurrà, che allorquando si vuole stabilire una ragione di acque come *dotazione di un fondo*, devesi esprimere propriamente questa causa, ed escludere così il dubbio che la concessione sia *personale*. E qui si potrebbe soggiungere col Cipolla: « Et ideo sis cautus in concipiendo verba instrumenti, ut semper » tu cui fit similis promissio facias addere causam concernentem utilita-

» tem fundi tui. Videlicet promisit non aedificare vel non tenere fene-
» stram in domo sua, ne officiatur luminibus domus meae. Quia tunc
» servitus realis erit, et transibit domus obligata ad quemcumque pos-
» sessorem, etsi per mille manus transiret. Hoc non esset, si causa non
» exprimeretur per praedicta » (1).

§ 399. Raccogliendo le cose dette in questo Capo, si deve stabilire la tesi: 1.° Che la servitù dell'acquedotto può essere sì *reale* che *personale*. 2.° Che per distinguere l'una qualificazione dall'altra convien ricorrere all'atto della concessione, onde conoscere l'intenzione e la destinazione data alla servitù. 3.° Che per asserire che la servitù concessa dell'acquedotto sia *reale*, deve constare essere stata conceduta come dotazione del fondo, e non per altro titolo, o almeno che deve principalmente esprimere il titolo di questa dotazione. 4.° Che in conseguenza di ciò, quando la concessione sia fatta a titolo di dotazione del fondo, la servitù dell'acquedotto passa in qualunque mano alla quale perviene il fondo medesimo: per lo contrario, quando è accordata alla persona o a date persone, essa cessa, sia colla persona, sia colla posizione, o finito l'oggetto pel quale fu conceduta. 5.° Finalmente, che nel dubbio se la servitù dell'acquedotto conceduta sia *reale* o *personale*, si deve pronunciare, altro non constando, essere *personale*, come meno gravosa e meno vincolante la proprietà.

CAPO IX.

Del modo di opinare del Pecchio sulla qualificazione di reale *o* personale *attribuita alla servitù di acquedotto.*

§ 400. Il Pecchio riconosce che l'acquedotto può essere non solamente *reale*, ma eziandio *personale*, come vedesi anche dalla rubrica 18., concepita nei seguenti termini: *aquaeductus non solum est realis*, *sed personalis*. Ma se esaminiamo il modo col quale esso intende di applicare le leggi romane, noi troviamo pur troppo ch'egli non fa altrimenti uso di quello che risulta dall'ultima loro disposizione e dall'ultimo loro risultato, quale fu da noi dichiarato nel Capo VI. di questo Libro. Il Pecchio, dopo di avere recato il testo di Ulpiano, da noi prodotto al principio del Capo precedente, prosegue nella seguente maniera. « Titius
» concessit Francisco, ut aquam duceret ad ejus fundum, vita naturali
» Francisci tantum durante, ad illum irrigandum; quaeritur an dicenda
» sit servitus *realis*, an vero *personalis?* »

(1) Cipolla *De servitutibus*, Cap. II. n.° 6. Lugduni apud Guillimin.

« Prima facie videbatur dicendam esse *personalem*, quia I. C. in D.
» § clare loquitur, et praecipue urgent verba illa: *Quod datur personis*
» *cum personis amittitur*. Hoc verbum *amittitur* denotat omnimodam
» extinctionem, et hoc urgenti ratione probatur. »

« Nam si volumus affirmare esse *realem*, male dixisset Ulpianus
» *amittitur*, quia servitus realis ad tempus nequit constitui; et si consti-
» tuitur, rejicitur tempus, et perpetuatur. Textus ad literam in leg. *Ser-*
» *vitutem* l. pr. 4. Digest. *De servitut.* in haec verba: Servitutes ipso qui-
» dem jure, neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione,
» neque ad certam conditionem, verbi gratia quamdiu volam, constitui
» possunt, sed tamen si haec adjiciantur per pacti vel doli exceptionem,
» occurretur contra placitum servitutem vindicanti. Sed melius hoc expli-
» cabimus, si ad Justinianum confugimus; ait enim in § *Et si ita stipu-*
» *laverit*, Instit. *De verb. obligat.*: Decem aureos annuos, quoad vivam,
» dare spondes, et pure facta obligatio intelligitur et perpetuatur. Quia
» ad tempus non potest deberi, sed haeres petendo, pacti exceptione sub-
» movebitur. Ecce ex his textibus apparet, durare quidem obligationem,
» sed agenti postea opponetur exceptio vel pactum; et est aurea decisio,
» quia tempus non est modus tollendae vel finiendae obligationis » (1).

§ 401. Da questo passo è chiaro che il Pecchio ha inteso che siano ancora in vigore le formole gladiatorie antiche, per le quali da una parte si stabiliva un diritto, e dall'altra si paralizzava. Egli ha creduto che pel Diritto ultimo le servitù non possano essere costituite nè temporariamente, nè sotto condizione; nel mentre pure che, traendo l' ultimo risultato del responso di Papiniano, risulta anzi l'opposto, come fu già dimostrato nel detto Capo VI. di questo Libro. Nel commentare poi il testo di Giustiniano egli non s' accorse che vigeva lo stesso contrasto tra le formole rigide del Diritto scritto romano, e fra la reale ed effettiva disposizione del Diritto adottato. E, quel ch' è più, non pose mente all' ultima conclusione del legislatore, ed ai veri effetti conseguenti di Diritto. Sia pur vero che, secondo le grette formole antiche, *non possit deberi ad tempus;* ma egli è vero del pari che il legislatore pronuncia, che *haeres petendo pacti exceptione submovebitur.* Che cosa significa questa conclusione? qual è il suo effetto di Diritto? qual' è finalmente la disposizione netta legislativa che ne emergeva al tempo nel quale scrisse il Pecchio? Questa conclusione significa, che se l'erede del defunto, il quale avea diritto, vita sua naturale durante, di percepire le dieci monete d'oro, do-

(1) Pecchio *De aquaeductu*, Lib. I. Quest. II.

mandasse la continuazione del pagamento di queste dieci monete, egli potrebbe essere *respinto* in forza della convenzione medesima, e però sarebbe condannato in giudizio a non molestare la persona che pagava al defunto le monete suddette. *Exceptione pacti submovebitur*, dice la legge.

§ 402. Qual è l'effetto di Diritto di questa decisione del legislatore? È per sè chiaro che l'obbligazione prima contratta verso il defunto *rimane estinta* colla di lui morte. Per questo motivo appunto il di lui erede non può validamente agire contro colui che, vita durante del defunto, avea promesso di pagare le dieci monete d'oro.

§ 403. Qual'è finalmente la disposizione netta legislativa che ne emergeva al tempo nel quale scrisse il Pecchio? Qui si risponde: che, tolta la distinzione fra le azioni *praescriptis verbis*, e quelle di buona fede; levati gl'inciampi della gretta legislazione anteriore, e sostituita una legislazione morale conforme al Diritto naturale ed ai pieni titoli di ragione; cessava la necessità del conflitto giuridico. E però tutte le volte che la legge vi dice: sappiate che, secondo il Diritto scritto, dovrebbe valere la tal regola, ma però contro questa si può in giudizio opporre la tale eccezione, come per esempio di dolo, di patto convenuto, o simili, il giureconsulto deve concludere che la disposizione storicamente riportata dal legislatore non è che *enunziativa*, e però si deve far valere la *complessiva e concludente*. E qui, tolta di mezzo la vecchia lotta fra le azioni verbali e le eccezioni reali, fra la disposizione letterale positiva e quella di ragione naturale, si deve concludere sempre con la tesi finale che emerge: vale a dire, che si deve far prevalere il diritto emergente dalla legittima convenzione indicata ed avvalorata dal legislatore.

§ 404. Così nel caso nostro la conclusione sul testo della legge 4. *De servitutibus* doveva essere quella che fu da noi allegata nel Capo VI. di questo Libro. Così pure la conclusione del testo delle Instituzioni di Giustiniano doveva essere, che il promettente delle dieci monete d'oro rimane sciolto dopo la morte dello stipulante dall'obbligo del pagamento, e che per conseguenza questa prestazione cessò colla morte del medesimo.

§ 405. Ciò sia detto per mostrare una volta per sempre in qual modo debbano essere intese le leggi romane, ossia meglio le sentenze dei giureconsulti, alle quali fu comunicata un'autorità legislativa colla compilazione di Giustiniano, e colla sanzione successiva degli altri Governi. Tutte le volte che si trova una disposizione del Diritto scritto, contro la quale si può far valere una eccezione giudiziaria, conviene tener sempre la regola di estendere e di cumulare il Diritto in modo, che la con-

clusione limiti o deroghi o amplifichi il Diritto scritto accennato dai giureconsulti, le sentenze dei quali vengono riportate nel Digesto.

CAPO X.

Della qualificazione di rustica *e di* urbana *data alla servitù dell'acquedotto.*

§ 406. Dice il Pecchio che la servitù di condurre acqua è servitù *rustica*, e non *urbana*. Ciò potrebbe esser vero, attenendosi ai tempi ed agli usi nei quali fu scritta la legge da lui commentata. In oggi presso di noi questa restrizione non pare ammissibile. La distinzione fra le servitù rustiche e le urbane viene fondata sulla prevalenza dello scopo delle servitù medesime. Una data servitù è forse destinata principalmente alla rurale economia? in tal caso riceve il nome di *rustica servitù*. È dessa forse destinata principalmente all'urbana economia? allora riceve il nome di *urbana servitù*. Ma considerando l'uso odierno delle acque, si può forse dar loro una o esclusiva o prevalente destinazione piuttosto rustica che urbana? Diasi un' occhiata a tutti gli altri usi che si fanno delle acque correnti, oltre a quello dell'irrigazione dei fondi. Voi vedrete che quest'acqua corrente serve ora ad una fabbrica di tintura, ora ad un molino di tabacco, ora a far movere un filatojo di seta, ora ad animare le fabbriche delle carte d'ogni genere, ora a far movere telai, ec.; talchè, posto in bilancia l'uso urbano e l'uso rustico di quest'acqua, non si può a buona ragione dar prevalenza all'uno più che all'altro. Dicasi dunque che, giusta gli usi dei tempi, potè essere rustica soltanto, ma che in oggi è del pari rustica che urbana.

§ 407. Ciò sia detto in via puramente ipotetica, e seguendo la natura stessa dei servigi delle acque condotte. Ma è poi vero che, secondo il Diritto romano, la servitù dell'acquedotto sia esclusivamente rustica, come pretende il Pecchio? Da che deduce egli *questa esclusiva qualificazione?* Dico *esclusiva*, perocchè altro è il dire che fra le rustiche servitù si possa annoverare o si annoveri diffatti quella dell'acquedotto, ed altro è il dire che questa servitù sia rustica e non urbana, come ha asserito il Pecchio. Il fondamento, ossia il testo sul quale egli si fonda, dovrebbe essere concludentemente esclusivo, per provare la sua asserzione. Ora come sta la cosa? Egli cita la legge 1. § *Aquaeductus* Digest. *De servitut. rustic. praed.*, e conclude dicendo: *ex quo colligitur esse servitutem rusticam, non urbanam.* E qui soggiunge la citazione del § 1. delle Instituzioni di Giustiniano, tit. *De servitutibus* (Pecchio, Cap. I. n.° 2).

§ 408. Ma è egli poi vero che dal citato testo si rilevi la esclusiva qualità da lui asserita? Veggiamolo. « Servitutes (dice Ulpiano) rusticorum » praediorum sunt haec: iter, actus, via, aquaeductus.... Aquaeductus » est jus aquam ducendi per fundum alienum. In rusticis computanda » sunt aquae haustus, pecoris ad aquam appulsus, jus pascendi, calcis co» quendae, arenae fodiendae. » Da questo testo che cosa apparisce? Null'altro, che fra le servitù rustiche si può contare anche l'acquedotto. Ciò vien fatto anche dal paragrafo citato delle Instituzioni, nel quale si ripete letteralmente il testo allegato nelle Pandette. Amendue annoverano bensì l'acquedotto fra le servitù rustiche, ma nè l'uno nè l'altro vi dicono essere l'acquedotto *unicamente servitù rustica*, o *non essere anche urbana*. Perchè l'acquedotto è un servigio rustico ne viene forse ch'egli non possa essere anche urbano? Questa era la conclusione da provarsi. Ma ciò tornava impossibile. Dicono i dottori, che *incivile est judicare, nisi tota lege perspecta*. Ora da altri passi della legge stessa risulta forse che la servitù dell'acquedotto debba considerarsi come esclusivamente rustica? Il Pecchio stesso non solamente affermar non può questa esclusione, ma deve ammettere il contrario. Diffatti dal momento che il Pecchio ammise che la servitù dell'acquedotto può essere anche *personale*, per ciò stesso smentì la limitazione da lui pretesa. Dato che possa essere *personale*, essa per ciò stesso può essere anche *urbana*. Il rustico esclusivo non inchiude certamente i servigi che seguono le persone. Questa fu la maniera di vedere anche d'altri celebri giureconsulti. Il Gottofredo, supplendo colle note al complesso delle leggi, appone precisamente al testo ora recato quanto segue. « Imo servitus aquaeductus ut et aquae haustus personalis est. » Leg. 12. § 3. Digest. *De alimentis*. Leg. 1. § *Praeterea de aqua quotid.* Utraque servitus praediorum est quoties praedio debetur; perso» nalis quoties personae debetur. »

§ 409. Da ciò si rileva che il Pecchio sarebbe anche inconseguente con sè medesimo, postochè pronunciò positivamente che la servitù dell'acquedotto può essere eziandio *personale*. Ad ogni modo dal recato testo del Pecchio si vede che la illazione esclusiva da lui tratta dal testo di Ulpiano è senza fondamento; ed anzi, consultando il complesso delle romane leggi, risulta ripugnante alle disposizioni delle leggi medesime. Concludasi dunque, che la servitù dell'acquedotto può essere del pari *rustica* che *urbana*, a norma degli usi e degli ufficii ai quali è destinata.

Questa conclusione viene pienamente confermata dalla seguente autorità. « Una eademque servitutis species quandoque urbana, quando» que rustica dicitur prout vel urbano vel rustico praedio fuerit consti-

» tuta: uti in servitute altius tollendi vel non tollendi, projiciendi vel » protegendi cloacae, AQUAEDUCTUS, itineris ad domum, aliisque simili» bus manifestum est. » *Confer.* Leg. *Servit.* 20. § *Si domo* 1. Dig. *De servitutibus urbanor. praed.* — Leg. *Si ego emi* § 1. Dig. *De publiciana in rem actione.* — Leg. 2. Dig. *De servit. urban. praed.* Leg. 2. Dig. *De servit. rustic. praed.* § 1. Instit. *De servit. praed.* — Leg. 1. § *Illud quaeritur* 11. Dig. *De aqua quotidiana et aestiva*, Voet *ad Pandectas*, Lib. VIII. tit. 1. n.° 4.

§ 410. Questa quistione sarebbe indifferente, se colla denominazione non si tendesse a stabilire un vincolo incompetente all'esercizio legittimo della condotta delle acque sotto l'impero della romana legislazione. Fatta la servitù dell'acquedotto unicamente rustica o prediale, si spoglierebbero di ogni forza giuridica gli atti costituenti le altre specie della servitù dell'acquedotto, e però si toglierebbe per lo meno ad esse la protezione delle leggi, e la difesa in tutti i casi contenziosi. Ma così fatte restrizioni vengono tolte di mezzo sì dalla buona logica che dalla retta interpretazione dei testi, specialmente combinati, delle leggi suddette.

SEZIONE II.

Della qualità legale dei beni sui quali si può stabilire la servitù dell'acquedotto.

CAPO XI.

Oggetto delle ricerche di questa Sezione.

§ 411. L'intitolazione di questa Sezione mostra abbastanza l'oggetto delle seguenti ricerche. Non fu proposta la solita domanda *su quali beni* possa essere stabilita la servitù dell'acquedotto, ma fu proposto di esaminare solamente la qualità legale dei beni suddetti. Col domandare su quali beni si può stabilire la servitù di acquedotto, si sarebbe proposta una quistione per lo meno equivoca, perocchè intendere si poteva la diversa qualità *materiale* dei beni. Questa non può essere una quistione, perocchè è per sè manifesto che la servitù dell'acquedotto non può essere imposta che sopra *beni stabili.* Se dunque l'interrogazione alludesse alla qualità *materiale* dei beni, la risposta sarebbe stata pronta, nè abbisognerebbe di una Sezione apposita per essere dimostrata.

§ 412. Ritenuta dunque la qualità materiale dei beni come ristretta agli stabili od immobili, resta a vedere della *qualità legale* che può formare oggetto delle presenti nostre disquisizioni. La qualità legale, di cui

parliamo qui, si riferisce propriamente alle *relazioni di dominio* indotte dalle diverse modificazioni operate sì per fatto dell'uomo, che per fatto della legge. Ognuno sa che in conseguenza dei contratti o delle leggi, sia passate, sia presenti, un fondo stabile può essere diversamente posseduto, dimodochè i diritti di proprietà ed il godimento conseguente siano variatamente distribuiti. Così dicesi un fondo goduto ad *usufrutto*, ad *enfiteusi*, a *locazione;* così pure si annoverano beni, sia *fidecommissarii*, sia *feudali*, sia *censuarii*, ec. Da questa relazione seguivano diverse qualificazioni legali dello stesso immobile, in forza delle quali si limitavano o modificavano le facoltà, sia dei possessori, sia dei chiamati, sia dei padroni diretti: dimodochè si poteva o non poteva stabilire una servitù; o anche stabilita, essa cessava all'avvenimento della caducità, della consolidazione del diretto coll'utile dominio, e così discorrendo.

§ 413. Dovendo noi trattare della servitù dell'acquedotto in relazione a queste diverse legislazioni, sotto l'impero delle quali può essere stata stabilita, noi siamo obbligati ad esaminare partitamente le qualità legali influenti tanto per introdurre o no la servitù dell'acquedotto, quanto per mantenerla o estinguerla in conseguenza di queste legali qualità. Ecco l'oggetto preciso ed il motivo delle ricerche comprese in questa Sezione, ed ecco pure spiegato il senso della sua intitolazione.

§ 414. Qui dobbiamo solamente soggiungere una cosa comune a tutte le diverse legislazioni, e questa riguarda la qualità materiale dei beni sui quali si può imporre la servitù dell'acquedotto. Fu già detto che questi non possono essere che beni immobili. Ciò risulta espressamente tanto dalle disposizioni del Diritto romano, quanto da quelle del Codice Napoleone, e finalmente del Codice austriaco. Quanto al Diritto romano, fu già veduto di sopra che la servitù dell'acquedotto viene assolutamente annessa ai beni immobili. L'unica quistione che nacque si fu, se questa fosse solamente rustica o anche urbana, perpetua o no. Quanto al Codice Napoleone, ciò apparisce dalla sola lettura del Titolo IV. Libro II. del medesimo, e specialmente del Capo III. di questo stesso Titolo. Quanto finalmente al Codice austriaco, ciò si vede palesemente nei §§ 474 e 477 del medesimo, dove si annovera fra le servitù prediali quella di *cavar acqua*, di *abbeverarvi gli armenti*, di *deviarla* o *condurla*.

Da tutto ciò è manifesto essere stato per autorità positiva di tutte tre le legislazioni stabilito il principio, non potersi la servitù dell'acquedotto costituirsi che sopra di un fondo stabile. Ciò premesso, passiamo all'esame delle qualità legali influenti sullo stabilimento del diritto della servitù dell'acquedotto.

CAPO XII.

Se sopra beni concessi ad usufrutto si possa stabilire la servitù dell'acquedotto.

§ 415. I principii fondamentali circa l'usufrutto sono comuni a tutte tre le legislazioni che contempliamo. Abbiamo quindi prescelto di trattare prima di tutto la quistione, se sopra beni dati ad usufrutto si possa stabilire la servitù dell'acquedotto, onde procedere poi a quegli altri beni sui quali le legislazioni hanno stabilito qualità divergenti. Ad evitare qualunque equivoco avvertiamo qui, che noi parliamo dell'usufrutto il quale non eccede la vita del concessionario, se trattasi di una persona individuale; ed il periodo di cento anni, secondo le leggi romane, se si trattasse di una persona morale. Il Codice austriaco ha tolto il limite di cento anni (vedi il § 129 del Codice civile universale). Quest'avvertenza è necessaria per non confondere il vero usufrutto *personale* coll'usufrutto *progressivo* e *perpetuo* indotto dalle feudali consuetudini, e dalle mostruose istituzioni dei fedecommessi perpetui introdotti *nel* medio evo, e sconosciuti alla romana legislazione. Tanto in questa, quanto in quella del Codice Napoleone e del Codice universale austriaco l'usufrutto viene ristretto ai limiti ed ai rapporti puramente *personali* di un solo individuo o di una sola persona morale. Solamente quanto alla limitazione dei *cento anni*, fissata dal Diritto romano, noi soggiungeremo la seguente legge. « An usufructus nomine actio municipibus dari debeat quaesitum est? Periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret; quia neque morte, nec facile capitis diminutione periturus est. Qua ratione proprietas inutilis esset futura, semper abscedente usufructu. Sed tamen placuit dandam esse actionem. Unde sequens dubitatio est: quousque tuendi essent in eo usufructu municipes? Et placuit centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevi hominis est. » (Leg. 56. Digest. *De usufructu et quemadmodum*).

§ 416. Fissata così l'idea propria o a dir meglio limitativa dell'usufrutto contemplato, si domanda se sopra un fondo soggetto al medesimo si possa stabilire la servitù di acquedotto.

Per rispondere a questa quistione noi osserviamo essere principio fondamentale che una servitù prediale non può essere imposta, o almeno mantenuta, allorchè si contempli la perpetuità, se non da colui presso del quale esiste il pieno dominio e godimento del fondo cui si vuole sottoporre a servitù. Questa regola ha propriamente tutto il suo vigore al-

lorchè si tratta di sottoporre un fondo qualunque ad una servitù, e non quando si tratta di acquistare *in favore* di un fondo un beneficio mediante il diritto di servitù sopra un fondo altrui. Nelle cose giovevoli non vige il rigore delle cose nocevoli, ossia di quelle cose nelle quali si tratta o d'imporre un onere, o di far deteriorare il valore di un nostro bene. La prima quistione adunque che si presenta si è, se sopra un fondo usufruttuato si possa imporre la servitù *passiva* dell'acquedotto.

§ 417. Primieramente la ragione vi dice che qui esistono due interessati. Il primo è l'usufruttuario, ossia colui che gode il fondo; il secondo è il proprietario, ossia colui alle mani del quale, finito l'usufrutto, deve ritornare il fondo medesimo. Ognuna di queste persone ha diritto di non essere danneggiata. Rispetto all'usufruttuario, di non essere danneggiato nel godimento; rispetto poi al proprietario, di non essere danneggiato in presente quanto alla diminuzione del valore delle sue proprietà, ed in futuro quanto alla libertà ed al godimento dello stabile che ritornerà alle di lui mani. La ragione naturale vi dice adunque, che nè l'uno nè l'altro *separatamente* possono imporre una servitù *passiva* di acquedotto sul fondo usufruttuato, perocchè sì l'uno che l'altro rispettivamente offenderebbero i reciproci riguardi che debbono rispettare (1).

§ 418. Ma se tanto l'usufruttuario, quanto il proprietario di *comune consenso* convenissero d'imporre una servitù passiva di acquedotto, sia con prezzo o senza, sul fondo usufruttuato, si domanda se questa costituzione di servitù potesse riguardarsi come valida. Superflua potrebbe apparire questa quistione, allorchè le due persone interessate, e che possono disporre dei loro diritti, si trovano d'accordo. Eppure qui inconriamo un inciampo a fronte di un testo inserito nei Digesti, e che ha formato materia di discussione fra i vecchi giureconsulti. Ecco questo testo: « Sed nec servitutem imponere fundo potest proprietarius, nec amit» tere servitutem. Adquirere plane servitutem eum posse etiam invito » fructuario, Julianus scripsit. Quibus consequenter fructuarius quidem » adquirere fundo servitutem non potest, retinere autem potest; et si

(1) Veggasi la legge 16. § *De usufructu*. Veggansi pure il Codice Napoleone agli articoli 578. 599 e 600, ed il Codice austriaco al § 513. In questo venendo stabilito che l'usufruttuario *è obbligato a conservare da buon padre di famiglia la cosa serviente nello stato in cui l'ha ricevuta*, ne viene la conseguenza che per parte sua non può aver diritto d'imporre una servitù passiva. Dall'altra parte poi, secondo l'art. 509, l'usufruttuario avendo il diritto di godere *senza veruna limitazione* della cosa altrui, salva la sostanza, ne viene l'altra conseguenza, che il proprietario non può a suo beneplacito stabilire una servitù passiva sul fondo goduto dall'usufruttuario.

» forte fuerint non utente fructuario amissae, hoc quoque nomine tene-» bitur. Proprietatis dominus, ne quidem consentiente fructuario, servi-» tutem imponere potest: nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, » veluti si talem servitutem vicino concesserit jus sibi non esse altius » tollere. » Questo testo è di Ulpiano, unito a quello di Paolo nella legge 15. § 7, e nella leg. 16. del Digesto *De usufructu etc.*

§ 419. Due quistioni sono state eccitate sopra questo testo: l'una filologica, e l'altra legale. La quistione si concentrò propriamente sul passo: *proprietatis dominus, ne quidem consentiente fructuario, servitutem imponere potest*. La quistione filologica consisteva nell'interpretare la frase *ne quidem consentiente fructuario*, la quale a prima giunta importerebbe il senso, che il padrone della proprietà, nemmeno col consenso dell'usufruttuario, possa imporre ossia assoggettare il fondo a servitù passiva. Siccome questo senso urta di fronte il principio, che i cointeressati possono contrarre un onere quando sono fra loro d'accordo, così la frase *ne quidem consentiente fructuario* va intesa: *citra consensum fructuarii*. Fra questi annoverasi il celebre Pothier nelle sue Pandette, sotto il titolo suddetto all'art. 36. in nota; come pure il Pinello commentando la legge 1. Cod. *De bonis maternis*, Parte II. n.° 74. Ma qui osservò il celebre Voet, che questa interpretazione grammaticale non è coerente nè colla legge 15., nè colla 17., dalle quali si rileva che il senso delle parole *ne quidem* deve appunto essere: *nemmeno col consenso* (1).

§ 420. Rigettata dunque la correzione letterale o l'interpretazione grammaticale del Pothier e del Pinello, rimane l'interpretazione legale del testo di Ulpiano. Internandosi nella maniera di concepire di questo giureconsulto, pare aver egli argomentato nella seguente maniera. Il proprietario del fondo usufruttuato, nella sua qualità di semplice padrone della proprietà, non ha diritto alcuno d'imporre una servitù prediale passiva, attesochè a lui manca il diritto competente a ciò fare. Questo diritto manca pure all'usufruttuario, in qualità di avente il solo diritto del godimento. Per costituire la *persona capace* ad imporre la servitù prediale richiederebbesi che l'usufrutto fosse nella stessa persona consolidato colla proprietà. In tale maniera la persona legale, avente diritto ad imporre una servitù passiva, si verificherebbe come vuole la ragione. Ma fino a tanto che l'uno e l'altro agiscono col carattere imperfetto che rivestono, non possono produrre l'effetto dell'individua persona dotata del

(1) Voet *ad Pandectas*, Lib. VII. tit. 1. n.° 20.

pieno dominio necessario ad imporre siffatta servitù. Richiederebbesi dunque prima una consolidazione almeno per finzione di diritto, onde creare la persona legalmente capace ad assoggettare il fondo alla suddetta servitù prediale. Dunque ne viene la conseguenza, che l'usufruttuario ed il proprietario nella *loro qualità divisa* non possono, anche d'accordo, imporre la servitù suddetta. Questo, per quel che pare, si è l'argomento che indusse Ulpiano a pronunciare la sentenza suddetta.

§ 421. A questa causale alluse anche Dionigi Gottofredo commentando questo passo. Volendo dar ragione della sentenza suddetta di Ulpiano dice: « Quia non habet totum jus ea de re statuendi: usufructus » enim illi deest. Nemo autem potest fundo servitutem imponere, nisi » qui plene dominus est (1). Nec quidquam refert quod sit dominus pro- » prietarius (2), et fructuarii causa deterior non fiat, et quod consense- » rit, et huic quoque pacisci liceat jus suum vel totum vel pro parte re- » mittere (3). Haec enim omnia dominium plenum non transferunt. »

§ 422. Ma questo rigore logico, derivato dalla considerazione astratta degli enti morali e giuridici, che dettò ad Ulpiano la sopra riferita decisione, fu per *comune* sentenza reso inutile, e fu quindi fatto valere il naturale principio pratico, che col concorde sentimento del proprietario e dell'usufruttuario si potesse validamente stabilire una servitù prediale a carico del fondo usufruttuato. Di ciò fa testimonianza il detto Voet nell'ora citato paragrafo colle seguenti parole: « Caeterum moribus ho- » diernis magis placuit, posthabita romani Juris subtilitate, proprietarium » ex consensu fructuarii habere servitutis imponendi jus; quasi fructua- » rius tantum videatur suo juri per consensum renuntiasse eatenus, qua- » tenus incommodum ex servitute passurus est. »

§ 423. Da questa osservazione di fatto del Voet ne nasce l'osservazione pure di fatto, che secondo il Diritto così detto comune, posteriormente ricevuto e vigente anche ai tempi nei quali scrisse il Pecchio, la sentenza di Ulpiano non dirigeva più la giurisprudenza; e però tener si doveva la contraria sentenza, che mediante il concorde consenso del proprietario e dell'usufruttuario si può certamente imporre sul fondo usufruttuato una servitù prediale, e però anche quella dell'acquedotto.

§ 424. Il Pecchio, dopo aver riportate le sentenze dei giureconsulti sopra il recato testo, non fa avvertire nè punto nè poco al Diritto comune invalso posteriormente; talchè egli sembra acconsentire alla sentenza

(1) Leg. 1. *Communia praediorum.* — (2) Leg. 25. *De verborum significatione.* — (3) Leg. penult. Cod. *De pact.*

di Ulpiano, e riguardarla come tuttavia obbligatoria, o come non receduta *ab aula*, come dicono i giureconsulti, ed anzi *in viridi observantia.* Egli quindi conchiude colla tesi *generale* dicendo: « Stat ergo firma con» clusio, usufructuarium non posse imponere servitutem super proprie» tate, licet possit imponere censum super fructibus, et erit validus » (1).

CAPO XIII.

Se sopra beni vincolati a fedecommesso si possa stabilire la servitù di acquedotto, e se stabilita possa durare.

§ 425. Il Pecchio risponde distinguendo due casi, ed in ciò fa uso dell'autorità di due o tre dottori. Il primo di questi casi si è, che nel fedecommesso esista l'*espressa proibizione* di alienare; ed il secondo si è, che sia bensì stata stabilita una fedecommissaria sostituzione, ma che nello stesso tempo non sia stato aggiunto l'espresso divieto di alienare. Nel primo caso egli pronuncia, che la costituzione originaria della servitù riesce nulla; nel secondo caso poi pronuncia, che valida ne sia la costituzione, ma che debba finire allorchè il successore chiamato o sostituito per fedecommesso apprende i beni dopo la morte di colui che impose la servitù passiva.

§ 426. Ma questa sentenza del Pecchio è poi vera? è essa completa? Veggiamolo. Due sono i casi contemplati. Il primo si è quello nel quale sia stata stabilita una *semplice* sostituzione fedecommissaria, nella quale non sia stato *espressamente* imposto il divieto di alienare i beni sottomessi a sostituzione. In questo caso dice il Pecchio, che la costituzione della servitù di acquedotto è bensì *originariamente valida*, ma non durevole oltre la vita di colui che l'accordò. Io ammetto la prima parte di questa sentenza; quanto alla seconda poi rispondo colla seguente distinzione. O il successore chiamato a possedere il bene fedecommessario assoggettato alla detta servitù fu anche *erede proprio* dell'antecessore che la contrasse, o no. Nel primo caso io nego che la servitù imposta debba cessare colla morte dell'antecessore che la impose, ma sostengo che il contratto obbliga anche il successore al pari dell'antecessore. O il sostituto non cumulò nè punto nè poco la qualità di *erede proprio* dell'antecessore suddetto, e non successe fuorchè al solo fedecommesso, sul fondo del quale fu imposta la servitù dell'acquedotto; e in questa ipotesi

(1) Lib. I. Cap. III. Quest. VI.

concedo che la servitù suddetta cessa per diritto, e il fondo passa *libero* alle mani del sostituto.

§ 427. L'uno e l'altro membro di questa risposta viene dimostrato vero dalle seguenti ragioni. È di fatto che il contratto originario delle servitù è *valido* in sè stesso, come viene conceduto. Dunque egli obbligò il concedente come negli altri casi autorizzati dalla legge. Dunque l'*erede proprio* del concedente è tenuto a rispettarlo, perchè si tratta di una *ragione reale*. Dunque anche il sostituto, in qualità d'*erede proprio*, è obbligato a rispettare la servitù contratta al pari dell'antecessore. Dunque in questo caso la servitù suddetta non cessa, ma viene continuata nel successore, e in tutti que' successori i quali hanno causa propria, sia dal concedente della servitù, sia da' suoi eredi.

§ 428. Il principio dell'*obbligazione* derivante dal fatto del defunto, del quale taluno si fece erede, è tale, che quand' anche non si trattasse di una semplice servitù, come nel caso nostro, ma perfino dell'*alienazione* o totale o parziale del fondo stesso fedecommessario, il successore chiamato, il quale volle unire la qualità di erede proprio dell'alienante, non può più rivendicare il fondo alienato, ma è tenuto a rispettare l'alienazione fatta dal suo antecessore, del quale egli si fe erede. La legge positiva conferma questa nostra sentenza. Nel Codice giustinianeo esiste un rescritto degli imperatori Diocleziano e Massiminiano, riportato nella legge 14. sotto il titolo *De rei revindicatione*.

Il caso è il seguente. Un tale aveva comprato da una donna una casa di proprietà del figlio. Muore la madre. Il compratore venne molestato dal figlio, a cui apparteneva la casa venduta. Questo compratore ricorre agli Imperatori per avere una decisione del suo caso. Gli Imperatori rescrivono: « Posto che tu proponi di aver comprato scientemente la casa » di ragione del figlio dalla madre di lui, tu non puoi difenderti con eccezione veruna contro di lui, s' egli *non succedette* alla madre. Che se » egli conseguì l'eredità della venditrice, nulla vieta che tu non faccia uso » dell'eccezione di dolo malo contro di lui per quella parte di eredità allo stesso pervenuta » (1).

(1) « Cum a matre domum filii te sciente » comparasse proponas, adversus eum dominium vindicantem si matri non successit » nulla te exceptione tueri potes. Quod si » venditricis obtinet haereditatem, doli mali » exceptione pro qua portione ad eum haereditas pertinet, uti non prohiberis. »

A questa legge il Gottofredo soggiunge la nota seguente: « Fundi dominus ejusdem » venditori succedens facto ejus obligatur: » aliud si non succedit. »

Leg. 3. *Infra de rebus alienis non alienandis*.

Leg. 14. *De evictionibus*.

§ 429. E per addurre una legge specialissima, risguardante appunto la materia dei fedecommessi, si consulti il Digesto al titolo *Dei legati*, e propriamente la leg. 114. nei §§. 15 e 16. Il caso ivi contemplato è il seguente. = Un padre aveva un figlio, e questo figlio era rispettivamente padre di altri tre figli, i quali divenivano nipoti del loro avo paterno. Questo avo e rispettivo padre fece un testamento, nel quale instituì il suo figlio erede; e siccome egli aveva tre nipoti, *fidei commisit ne fundum alienaret, et ut in familiam relinqueret.* Defunto il testatore, morì anche il figlio, e prima di morire esso fece il suo testamento, col quale instituì suoi eredi solamente due de' suoi figli, e diseredò il terzo. Di più, il fondo di cui parlava il testamento suddetto del padre suo, egli lo lasciò per legato ad un estraneo. = Su di questo caso qual' è la sentenza che interessa il nostro argomento? Che quanto agli eseredati essi possono domandare il fedecommesso: *putat Marcellus posse exhaeredatos petere fideicommissum*. Ma fingasi il caso che tutti i figli fossero stati instituiti anche in parti dispari. Qual' è la decisione della legge? Eccola. « Sed si omnes filii haeredes instituti sint ex disparibus partibus, non » possunt petere fideicommissum. »

§ 430. Da questa e da altre leggi concordanti, che si potrebbero allegare, consta dunque formalmente che la qualità di erede proprio di un defunto, il quale avesse anche alienato un fondo fedecommessario, al quale i suoi eredi fossero stati chiamati, osta alla facoltà di annullare la vendita fatta indebitamente; e che per lo contrario l'erede è tenuto a rispettare il fatto del defunto, e quindi a non rivocare l'alienazione del fondo fedecommessario. Con quanta ragione dunque più forte pronunciare non si dovrà, che la servitù di acquedotto passivamente imposta sopra un dato fondo fedecommessario dovrà restar ferma rispetto al successore nel fedecommesso, allorchè questo successore sia anche erede

---

Leg. 15. — Leg. 24. *De donationibus.*

Leg. 73. *De evictionibus.*

Leg. 1. § 1. *De exceptione rei venditae.*

Leg. 149. Digest. *De regulis juris. Et ita haeres factum defuncti improbare non potest.*

Lib. II. *Feudorum*, tit. 58. § 2.

Il Modio poi soggiunge la seguente nota: « Filius non potest venire contra factum de- » functi. »

Cravetta, *Consil.* 200.

Jason ad legem *fin.* § *in computatione*, n.° 9. cum sequentibus *De jure deliberandi.*

Curtius Senensis, *Consil.* 2. Colum. final. in fine.

Grammaticus, *Decision.* 93. n.° 8.

Bartolus ad leg. 2. *Si in fraud. patrim.*

Parisiensis, *Consil.* 33. n. 95 cum seqq.

Decius ad leg. *Si debitori*, 1. *De pactis.*

Pinellus in repetit. ad leg. 1. *De bonis maternis*, n.° 81 et seqq.

Socinus Jun., *Consil.* 112. n.° 11. Lib. II.

Tiraquellus, *De utroque retractu*, tit. 1. § 1. Gloss. 9. n.° 47 et seqq., et n.° 87.

proprio del concedente la servitù? Con ciò ognun vede essere fermamente provato il primo membro della mia risposta, nella quale affermai che nel caso che il sostituto fedecommessario rivestisse la qualità anche di erede del concedente la servitù, essa deve sussistere anche dopo la morte del concedente.

§ 431. Quanto al secondo membro, nel quale si contempla il caso che il successore venga al fedecommesso in qualità soltanto di chiamato, e senza essere erede del concedente la servitù, io non abbisogno di ulteriori prove, perocchè essa risulta testualmente dalle leggi sopra riportate. Ora rimane ad esaminare se la tesi del Pecchio sussista nel caso in cui dall'istitutore del fedecommesso fosse stato apposto l'espresso divieto di alienare o in tutto o in parte i fondi sottoposti a fedecommesso. In questa tesi si pronuncia la *nullità originaria* della concessione della servitù dell'acquedotto, e ciò a motivo che questa concessione viene pareggiata ad un'alienazione.

§ 432. Ma qui si domanda da quale principio di Diritto sì il Pecchio che i dottori da lui citati abbiano dedotta questa sentenza. Forse dalla qualità legale dei beni soggetti a fedecommesso? No certamente. Il possessore dei medesimi non divide con altri nè la proprietà nè il godimento dei medesimi, ma si trova solamente vincolato a *trasmetterli* per intiero ai chiamati dopo di lui dal testamento. Ora quest'obbligo di trasmissione impedisce forse che durante la vita del possessore egli non possa esercitare i competenti diritti contrattuali e commerciabili? No certamente. Questo è così vero, che lo stesso Pecchio concede che, avuto riflesso solamente al vincolo fedecommessario, la servitù sussiste, ed è interrotta o estinta soltanto dopo la morte del concedente. Dunque è più che manifesto che la qualità legale del bene fedecommessario non può per sè stessa indurre la nullità voluta dal Pecchio, e dai dottori da lui citati. Dunque in ogni caso deve ripetersi da un altro titolo. Questo titolo qual è? Qui il Pecchio risponde, che questo titolo consiste nell'*espresso divieto* inserito nel testamento del fondatore del fedecommesso.

§ 433. Ma è egli poi vero che questo divieto possa avere la forza attribuitagli dal Pecchio? Veggiamolo. In due sensi si può assumere questo divieto; vale a dire o in senso *diviso*, o in senso *unito*. L'assumerete voi in senso diviso, e come un precetto dell'istitutore del fedecommesso? in tal caso la legge vi risponde, che questo precetto preso isolatamente non conclude a nulla. « Sola plane alienationis prohibitio fideicommissum non inducit quoties designatae non inveniuntur personae, quarum » intuitu id a testatore dispositum est. Sed magis SCRIPTURA NULLIUS

» MOMENTI est (1), tamquam continens nudum testatoris praeceptum, » quod nullam habet parendi necessitatem » (2), dice il lodato Voet (3). Ma qui conviene riportare il testo preciso della legge, dalla quale risulta qualche cosa di più forte; ed è, che l'autorità puramente *vietante* del testatore di alienare i dati beni della sua eredità è un'autorità usurpata, ed *incompetente*.

§ 434. Secondo il principio della legge, ai testatori non rimane che l'autorità di *destinare* a quali persone debbano pervenire i beni suddetti, e nulla più. Dunque la proibizione non si fa valere per la sua nuda e propria funzione, ma bensì come una funzione per la quale i beni, in caso di una infrazione dell'erede instituito, *pervengano* effettivamente ad altri designati nel testamento. Ma udiamo l'oracolo della legge: « Divi » Severus et Antoninus rescripserunt: eos, qui testamento vetant quid » alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint; nisi in» venitur persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum est, NUL» LIUS ESSE MOMENTI SCRIPTURAM, quasi nudum praeceptum reliquerint: » QUIA TALEM LEGEM TESTAMENTO NON POSSUNT DICERE (4). »

§ 435. Consta dunque indubitatamente, che se noi assumiamo il divieto di alienare per sè solo, ossia in senso diviso, questo divieto non solo non può operare la nullità del contratto di alienazione, e molto meno la nullità della concessione di una servitù; ma all'opposto riesce per sè stesso di niuna forza, e si ritiene come un atto nullo ed incompetente.

§ 436. Ora consideriamo questo divieto in senso *unito*, vale a dire aggiunto ad una istituzione fedecommessaria, nella quale furono contemplati eredi istituiti e sostituiti. Qui si potrebbero fingere diversi casi; ma noi divagheremmo dalla tesi assoluta proposta dal Pecchio. Qui non ci rimane fuorchè l'ispezione, nella quale si tratta di sapere se, istituito un fedecommesso colla sola proibizione espressa di alienare, sia coll'alienazione, sia colla imposizione di una servitù, si pratichi un atto originariamente *nullo*, talchè la servitù non sussista durante la vita del concedente, e meno poi possa essere trasmessa agli eredi, e rispettata dai successori nel fedecommesso, allorchè venissero anche come eredi proprii del testatore. Queste sono le condizioni della nullità originaria voluta dal Pecchio, e dai dottori da lui citati. Se domandiamo ragione di questa

---

(1) Leg. *Filiusfamilias* 114. § *Divus Severus* 14, Digest. *De legatis*.

(2) Leg. *Paterfilium* 38. § *Julius Agrippa* 4. — Leg. *Lucius Titius* 93 in princ. Digest. *De legatis*, 3.

(3) *Ad Pandectas* Lib. XXXVI. tit. 1. n.° 27.

(4) Leg. 114. § 14. Digest. *De legatis*, Lib. I.

sentenza, noi non ne troviamo veruna. Io dico poi essere precisamente ripugnante tanto alla ragione generale, colla quale si debbono valutare le cose odiose e tutti i vincoli che restringono l'uso della proprietà e la libertà contrattuale dei beni, quanto alla ragione particolare ed alla formale disposizione della legge. E per restringermi a quest'ultima soltanto, si osservi quanto segue. Questi dottori pretendono che la concessione di una servitù si possa e si debba comprendere sotto la denominazione dell'*alienazione dei beni* vietata *in generale* da un testatore. Ma questa interpretazione è una vera ed inutile *stiracchiatura odiosa* alla libertà della contrattazione, e nulla più. Dico che è una stiracchiatura odiosa; imperocchè le leggi che vollero conservare alcune proprietà privilegiate, e che *proibirono* le *alienazioni*, non si sognarono mai di collocare la concessione di una *reale servitù* fra le alienazioni proibite, e meno poi pronunciare la nullità originaria di siffatta concessione. Un esempio lo abbiamo nella Novella di Giustiniano, vietante l'alienazione dei beni ecclesiastici e dei luoghi pii. « Alienationis autem nomen generalius ideo » posuimus, ut prohibeamus et venditionem, et donationem, et commu» tationem, et in perpetuum extensam emphyteusim, quae non procul » ab alienatione consistit », dice Giustiniano nella Nov. VII. Cap. I. (1). Estraete, di grazia, il concetto fondamentale, e vedrete che l'alienazione colpisce il dominio, ed involge la *translazione* del dominio stesso in altri. Ora colla concessione di una servitù sul fondo *nostro* si effettua forse questa translazione in altri del dominio nostro? Tanto è lungi che ciò accada, che dicesi *servitù* appunto perchè il fondo serviente si considera di *proprietà* del concedente, e non d'altrui; e rispetto al concessionario della servitù, si considera che il fondo serviente appartenga al dominio del concedente. L'analisi sola del significato di *servitù reale* avrebbe dovuto aprire gli occhi, e far sentire la odiosa stiracchiatura colla quale questi dottori pronunciarono la nullità originaria della servitù imposta sopra un fondo fedecommessario, cui era stato *espressamente vietato* di alienare *a contemplazione* dei chiamati nel testamento.

§ 437. Ma questo non è ancor tutto. Qui prego i miei lettori di richiamare alla memoria quanto fu notato di sopra nel caso contemplato ai §§ 15 e 16 della legge 114. *De leg. tit.* 1. È vero, o no, che nel caso ivi contemplato il testatore *fidei commisit ne fundum alienaret?* Ciò si legge a caratteri espressi nella legge suddetta. Ma dall'altra parte è vero, o no, che se il contratto fosse originariamente nullo in forza del divieto,

(1) Vedi la legge ult. Cod. *De rebus non alienandis.*

egli per ciò stesso non partorirebbe veruna obbligazione per l'alienante, e verun diritto quesito per l'acquirente? In questo caso sarebbe impossibile il trasmettere tale obbligazione agli eredi proprii dell'alienante. In questo caso sarebbe assurdo attribuire all'acquirente una valida eccezione per ritenere il fondo acquistato, e respingere giudizialmente il successore dal tentativo di rivendicare il fondo alienato. Ma così è, che la legge pronuncia espressamente il contrario, come sopra si è veduto. Dunque ne viene la necessaria conseguenza, che al cospetto della legge la detta alienazione, fatta a dispetto del divieto del fedecommittente, non si considera originariamente nulla, come pretendono il Pecchio e i dottori da lui seguiti. Dunque ne viene la irrefragabile conseguenza, che la servitù dell'acquedotto può essere validamente costituita anche nel caso dell'espresso divieto del fedecommittente di alienare in tutto o in parte i beni fedecommessarii; e che non havvi alcuna differenza fra il caso in cui esiste, e il caso in cui non esiste siffatto divieto.

CAPO XIV.

Continuazione. Quid juris, *nel caso dell'estinzione del fedecommesso a profitto del costituente la servitù passiva sul fondo fedecommessario?*

§ 438. Il vincolo successorio sopra un dato bene immobile può esser tolto, sia in conseguenza del caso che manchi il sostituito, sia nel caso che il fedecommesso non sia progressivo, sia finalmente nel caso che per autorità della legge venga abolito il vincolo medesimo. In tutti questi ed altri simili casi il bene posseduto diventa *libero* nelle mani dell'attuale possessore. Fingasi che sopra un dato fondo fosse stata imposta a carico del medesimo una servitù perpetua di acquedotto, *prima* che si verificasse qualchedûno dei casi sopra figurati. Si domanda se la servitù imposta *debba durare* ancora *dopo* la morte di colui che la impose o la mantenne, benchè fosse stata costituita in un tempo nel quale durava ancora il vincolo successorio. Questa quistione si risolve nel ricercare se il fondo gravato di servitù debba passare con questo carico agli eredi dell'ultimo possessore, per il quale la servitù stessa fu riconosciuta valida ed obbligatoria.

§ 439. Senza divagare ad esaminare rapporti originarii ed astratti di Diritto, noi possiamo sciogliere questa quistione colla sola guida delle ragioni e delle leggi allegate nel precedente Capo. È cosa di fatto che colla estinzione del vincolo fedecommessario i beni sono diventati liberi nelle mani dell'ultimo possessore. È cosa pure di fatto, ed ammessa nella ipo-

tesi, che la servitù imposta fingesi obbligatoria per questo possessore. Dunque ne viene la necessaria conseguenza, che i beni ch'egli lasciò dopo di sè, essendo tutti patrimoniali e liberi, passano nel successore con tutte le obbligazioni reali da lui contratte e con tutti i diritti da lui acquistati. Qualunque successore pertanto, *avente causa da lui*, contrae l'obbligo di rispettare le obbligazioni contratte da lui, appunto perchè succede in qualità di erede proprio di lui, come sopra si è veduto. Dunque *a fortiori* deve rispettare la servitù imposta. Dico *a fortiori*, imperocchè qui non si tratta più del caso nel quale il chiamato al fedecommesso possa venire, per un *diritto proprio* di vocazione, a domandare il fondo fedecommessario, come nel caso precedente, e però non esiste nemmeno la possibilità di ripudiare l'eredità libera dell'antecessore, per indi conseguire in qualità di chiamato il fondo gravato di sostituzione.

Qui, per succedere al dominio del fondo contemplato, conviene ripeterne il titolo dall'ultimo possessore obbligato a conservare la servitù imposta, come sopra si è veduto. Dunque per sua natura, ed in forza delle leggi sopra allegate, il fondo passa così sottoposto alla servitù contratta, che si *esclude* persino la *possibilità* che un successore possa venire contro al fatto del concedente la servitù, o di quello che fu obbligato a mantenerla.

§ 440. *Resoluto jure datoris, resolvitur jus successoris*; ecco il principio pel quale i giureconsulti decidevano che la servitù imposta sopra un bene vincolato a successione dovesse passare esente da servitù al chiamato in forza della vocazione fedecommessaria. Questo chiamato ripetendo il suo diritto dal testamento nel quale fu instituito o sostituito, e non dalla qualità di erede dell'ultimo possessore, veniva con un diritto indipendente dal fatto di questo possessore. Dall'altra parte poi il chiamato aveva diritto di conseguire i beni nello stato libero da servitù, nel quale si trovavano o trovar dovevano in forza dell'instituzione o sostituzione fedecommessaria. Dunque tutto ciò che fosse stato fatto in contrario dagli antecedenti possessori diveniva per lui di niun effetto, tostochè egli succedeva per proprio diritto, e non come avente causa dal possessore suddetto. Ecco il perchè, morto l'ultimo possessore, il chiamato che succedeva per diritto proprio poteva far cessare la servitù imposta al fondo. Per lui il fatto del concedente la servitù essendo inattendibile, ed essendo spirato il dominio dello stesso concedente la servitù, ne veniva la conseguenza che spirava anche il diritto dell'*acquirente* la stessa servitù; perocchè l'acquisizione del fondo dominante non poteva essere *continuativa in perpetuo*, a meno che i successori fede-

commessarii non acconsentissero a perpetuare la servitù suddetta. Questo è il senso ovvio, ricevuto ed incontroverso della regola: *resoluto jure datoris, resolvitur jus successoris.*

§ 441. Ma nel caso dell'estinzione del fedecommesso, lungi che il *jus datoris* venga resoluto, anzi si rinforza e si perpetua in tutti i successori di lui, come sopra si è veduto. Dunque ne viene la necessaria conseguenza, che il caso onde applicare la regola suddetta non si verifica nell'ipotesi della estinzione del fedecommesso. Io non dico ancor tutto. *Impossibile* rendesi la cessazione o l'interruzione di questo diritto, sì perchè manca la circostanza di un chiamato fedecommessario il quale possa concorrere per *proprio* diritto al fondo sottoposto a servitù, e sì perchè tutti i successori aventi causa dal padrone del fondo sono tenuti a rispettare la servitù imposta.

§ 442. E qui sortendo dal cerchio ristretto di questa quistione particolare, conviene salire al principio *generale*, che regger deve e condurre alla soluzione di altre quistioni analoghe. Questo principio si è, che nel caso della successione fedecommessaria la servitù perpetua vien tolta nel passaggio dall'uno all'altro chiamato, non per *difetto* intrinseco del titolo contrattuale costituente la servitù, ma bensì per la *opposizione estrinseca* del chiamato, il quale non viene al possesso del fondo serviente per titolo derivato dal concedente o alienante, ma per titolo proprio di vocazione ad un bene *esente da servitù posteriori all'istituzione del fedecommesso*. Si noti bene la *doppia relazione simultanea* di questa vocazione, e la indivisibilità di questi due requisiti. Senza l'unione di tali estremi la vocazione non avrebbe il potere di far cessare la servitù.

§ 443. Questa quistione, utilissima per la pratica, abbraccia tutti i casi dell'estinzione dei fedecommessi, sia per fatto dell'uomo, sia per fatto della legge. Quanto a quest'ultima, noi abbiamo già osservato nel cessato Regno d'Italia essere stati espressamente aboliti tutti i vincoli successorii (1), i quali furono anche estesi con atti espressi, sia ai fondi soggetti a *retratto*, sia ai così detti *cumuli progressivi*, sia ad altri modi vincolanti la libera successione e contrattazione. Da ciò ne viene la necessaria conseguenza, che dichiarati i fondi liberi negli attuali possessori, se per avventura fosse stata anteriormente imposta sopra i medesimi una servitù perpetua di acquedotto, essa *ipso jure* divenne *continuativa;* e però impugnare non si potrebbe la di lei validità e la di lei durata in perpetuo, sotto il pretesto che nel momento in cui la servitù fu con-

(1) Capo II. § 9.

tratta i detti beni non erano per sè medesimi suscettibili di una servitù perpetua.

§ 444. Per lo contrario sostenere si deve sempre la tesi, che coll'abolizione dei vincoli suddetti fu consacrata e sanzionata la piena ed assoluta perpetuità contrattuale, come se i fondi, sui quali fu stabilita la servitù di acquedotto, fossero stati assolutamente liberi da ogni vincolo successorio.

Con ciò restano tolti di mezzo, come riescono anche inutili, i raziocinii contorti coi quali il Pecchio si sforza di sostenere la tesi in punto di fondi livellarii, nel caso che a pro e nelle mani del padrone dell'utile dominio si consolidasse anche il diretto, e ch'egli diventasse pieno proprietario del fondo prima enfiteutico. La tesi di Pecchio è giusta, ma la maniera della prova riesce imperfetta, e poco concludente.

CAPO XV.

Se sopra beni affetti da enfiteusi, censi, affitti perpetui, per sola autorità del possessore si possa stabilire la servitù perpetua di acquedotto, e se stabilita possa durare.

§ 445. Per rispondere a questa quistione convien conoscere le diverse affezioni indotte dai contratti di enfiteusi, di censi e di fitti perpetui sui beni stabili, i quali si possono assoggettare alla servitù di acquedotto. Incominciando dall'enfiteusi, conviene annotare che quella che venne nei tempi moderni praticata diversifica di molto dalla vera enfiteusi romana primitiva. Dico dalla *primitiva*, perocchè colle posteriori costituzioni degli Imperatori di Costantinopoli furono indotte innovazioni importanti. Ma per parlare di cosa che può interessare l'attuale nostra giurisprudenza, noi considereremo (quanto alla vecchia legislazione) l'enfiteusi nell'ultimo stato del Diritto così detto *comune* almeno all'Italia, riserbandoci di confrontare questa specie di contratto, come le altre di censi e fitti perpetui, quanto alla intermedia e alla vigente legislazione, allorchè tratteremo la quistione delle innovazioni fatte dalle legislazioni suddette.

§ 446. Assumendo pertanto l'enfiteusi nell'ultimo suo stato anteriore alle moderne civili riforme, essa viene definita = un contratto, in virtù del quale si concede un bene stabile, ossia prediale, a taluno per essere goduto, sia in perpetuo, sia per lungo tempo, col dovere di migliorarlo, e colla prestazione di un annuo canone (1). = In questa definizione non

(1) Voet *ad Pandectas*, Lib. VI. tit. 3. n.° 3. Vedi anche Giulio Claro, senatore milanese, *Receptarum sententiarum* Lib. IV. § *Emphyteusis*, Quest. I.

si parla della *persona* del concedente, ossia non si specifica s'egli sia proprietario assoluto, o avente anch'egli solamente un dominio imperfetto. Ma il Claro fa osservare la differenza (almeno *nominale*) del contratto, nata dalla differenza del *pieno* o *non pieno dominio*. Quando il concedente era pieno ed assoluto padrone della proprietà, il contratto riceveva la denominazione di *enfiteusi pura e semplice*. Quando poi il concedente non era che padrone imperfetto, allora l'enfiteusi veniva designata colla qualificazione di *subalternata*. A questa specie subalterna di contratto veniva appunto dato il nome di LIVELLO, ossia di *contratto livellario*. Per altro l'uso volgare ha confusa l'applicazione del nome di *livello*, o *contratto livellario*, attribuendo questa denominazione promiscuamente ed indifferentemente tanto all'enfiteusi conceduta da un padrone pieno ed assoluto del fondo, quanto all'enfiteusi conceduta da un padrone limitato come sopra (1).

§ 447. Veniamo ora ai CENSI. Sotto il nome di *censi* vengono comprese due specie per lo meno di contratti, i quali sono d'indole ben diversa. La prima specie è quella che viene denominata *censo consegnativo* o *costitutivo*; la seconda è quella che viene denominata *censo riservativo*. Il *censo consegnativo* viene definito = un contratto, col quale taluno, mediante un dato prezzo ricevuto, vende ad altri il diritto di percepire un'annua pensione dalla cosa o dalla persona = (2). Il *censo riservativo* per lo contrario viene definito = un contratto, col quale taluno concede ad un altro con pieno diritto un fondo, riservandosi un'annua pensione da percepirsi dal fondo medesimo = (3). Di questo abbiamo un esempio preciso nel Codice giustinianeo, cioè nella legge ultima, Cod. *De rerum permutatione*.

(1) « Contractus *libellarius* dicitur, quando vassallus vel emphyteuta concedit alteri » pro certa annua pensione praedium quod » ipse habuerat ab alio in feudum vel emphyteusim, et sic quando concedens non est » dominus scilicet directi dominii: et hoc est » quod vulgo appellamus *emphyteusim subalternatam*. Quando vero concedens est » dominus, tunc proprie dicitur *contractus* » *emphyteuticus*, et ita firmant communiter » doctores. »

« Quidquid tamen sit, ex proprietate dictionum hodie contractus *emphyteuticus* et » *libellarius* (saltem ex communi usu loquendi), idem sunt, et in hoc omnes conveniunt » .... Et ita video indistincte observari in hac » provincia (*di Milano*), in qua passim haec » duo pro synonimis reputantur: quod dispositum in uno, absque controversia locum » habet in altero. Hodie enim abutimur istis » vocabulis, et ponendo uno pro alio. » E qui cita diversi dottori, dai quali risulta che questo uso era generale. — Clar. *Recept. sentent.* Lib. IV. Quest. I.

(2) « Contractus quo quis pretio accepto » alteri vendit jus percipiendi annuam pensionem ex re vel persona, atque inde *consignativus* seu *constitutivus* dicitur: gallice » *rente constituée*. » Richeri *Jurisprudentia univer.*, Tom. X. Lib. III. tit. 21. § 1518.

(3) Richeri *Jurisprudentia univ.*, Tom. X. Lib. III. tit. 21. § 1516.

§ 448. Confrontando queste due definizioni, risulta che nel *censo consegnativo* o *costitutivo* il fondo, sul quale viene assicurata l'annua pensione, è di proprietà del debitore della pensione stessa, il quale ritiene tuttavia presso di sè il fondo medesimo. La cosa dunque si riduce, che egli non aliena nè punto nè poco il fondo, ma unicamente sul medesimo stabilisce il diritto di una prestazione pecuniaria a favore di un terzo. Questa specie di censo era in addietro molto usitata, e veniva disciplinata dalla famosa Bolla di Pio V., fatta per correggere le usure. Di questa specie di censo nel caso nostro non terremo conto alcuno, perocchè risolvendosi esso in una semplice costituzione di un' ipoteca reale per pagare gl' interessi di un capitale preso a mutuo, non presenta nulla che possa influire sulla teoria delle servitù prediali, e quindi su quella dell'acquedotto. Ciò che fu notato si fu per evitare ogni confusione d'idee nel trattare la dottrina.

§ 449. Rilevati i caratteri del *censo consegnativo* o *costitutivo*, si trova la perfetta *opposizione* loro quanto alla proprietà, ossia quanto all'appartenenza della medesima. Nel *censo riservativo*, come porta la definizione, il fondo viene *alienato con pieno diritto* in altri, coll' obbligo soltanto di pagare un' annua pensione radicata sul fondo medesimo. Ponendo mente a questa qualità, essa coincide perfettamente colla primitiva enfiteusi romana, come si può rilevare dal titolo del Digesto *Si ager vectigalis petatur*. Per la qual cosa osservò già un classico autore, che *census reservativus capitur pro contractu libellario et emphyteuticario* (1).

§ 450. Posta e distinta così la natura del *censo riservativo*, egli è manifesto ch' esso non offre quistione alcuna in punto della costituzione e della durata della servitù dell' acquedotto, come di qualunque altra servitù prediale. Posta diffatti la circostanza, che il dominio reale stia *tutto* presso del *concessionario*, al quale *pleno jure* il fondo fu trasmesso, è per sè manifesto che sul fondo obbligato a censo si può imporre una servitù reale perpetua, e quindi può essere conservata, in qualunque mano passi il fondo soggetto a *censo riservativo*.

---

(1) Cenci *De censibus*. Quest. I. rub. n.° 13.
Socin. senior *Consil.* 50. n.° 7. Lib. IV.
Honded *Consil.* 71. n.° 8. Lib. II.
Roderig. *De annuo reddita*, Lib. I. Quest. I. n.° 1.

Lo stesso viene confermato dalla Rota Romana nella sua decisione del 20 Marzo 1623, riportata dal Cenci. «Adverterunt domini hoc » nomen censuale, tamquam aequivocum, posse » se convenire tam emphyteusi, quam censui.»

Il Mascardo alla parola *census*, per dinotare il *censo riservativo*, adopera la locuzione di *census emphyteuticus*.

Il principio di questo pieno dominio del possessore obbligato alla pensione venne anche espressamente riconosciuto dal sunnominato senatore Claro colle seguenti parole: « Contractus autem censualis differt » ab emphyteutico: nam in censuali transfertur in recipientem dominium tam directum, quam utile; in emphyteusi autem non transfertur » nisi utile; directum vero remanet apud concedentem. » E qui l'autore, in appoggio di questa sentenza, allega una serie di autorità che si possono vedere presso il medesimo (1).

§ 451. Veniamo agli AFFITTI PERPETUI. Attenendosi alla corteccia della parola di *affitto* o di *locazione*, si potrebbe cadere nell'errore di taluno, il quale ha affermato che, per quanto sia lunga od anche perpetua la locazione, giammai si operi *mutazione di proprietà*. Ma ponderando la natura *legale* di questo contratto, si scorge facilmente essere questo un errore madornale. Sopra fu veduto col testo stesso della legge, che la *perpetuità* dell'usufrutto diviso dalla proprietà renderebbe *inutile* la proprietà medesima. La perpetuità poi *legale* non viene assunta in senso filosofico, ma solamente come eccedente la misura più lunga della vita anche umana. Questa misura fu considerata sì nell'antico che nel moderno Diritto come decisiva per variare i dettami di ragione e di autorità. Qui il tempo ossia la durata altera appunto la natura dei contratti, e noi potremmo citarne molti esempii.

§ 452. Ma, senza perderci in queste generali considerazioni, faremo osservare che, secondo la giurisprudenza ricevuta, la sola differenza di *perpetua* e *temporaria* in una locazione induce effetti fra loro ben diversi, e quasi del tutto contrarii. « Ex his constat (dice il Richeri) ex locatione » (temporaria) non transferri dominium licet res aestimata conductori » data fuerit nisi perpetua locatio sit, ex qua jus dominio proximum » transferri vulgo tradunt pragmatici (2). » Questo *jus dominio proximum* è appunto l'*utile dominio*, il quale, secondo tutta la giurisprudenza, veniva riconosciuto nel *conduttore*. « Conveniunt autem in mul- » tis emphyteusis et locatio in longum tempus (dice un classico autore). » 1.° Quia in utroque contractu transfertur utile dominium, ut supra di- » ximus » (3).

---

(1) *Sententiarum receptarum* Lib. IV. § *Emphyteusis*, Quest. I. n.° 2.

(2) *Jurisprudentia univ.* Lib. III. tit. 19. Cap. III. § 1331. Tom. X.

(3) Fulgineus, *De jure emphyteutico praelud.* Quest. V. n.° 16 e 17. — Veggansi inoltre i seguenti autori concordi.

Tiraquel, *Du retrait lignagere*, § 1. Gloss. 14. n.° 179 e seg.

Mantica, *De tacitis et ambiguis*, Lib. XXII. n.° 4.

Serafin. *Decision.* 272. n.° 8. Egli allega quest'opinione della transazione dell'utile dominio nell'affittuario come comune a tutti gli

§ 453. Per questo lato adunque un fondo caricato di un affitto *per lungo tempo*, finito il quale deve ritornare al concedente o agli aventi causa da lui, rassomiglia al fondo conceduto a livello perpetuo o per alcune generazioni o ad una data discendenza, estinta la quale il fondo livellato torna alle mani del concedente, o di chi ritiene il dominio diretto. E siccome per la quistione dell'imposizione e della durata della servitù la sola circostanza importante si è appunto il diritto di questa consolidazione dell'utile col diretto dominio, egli è perciò che noi potremo cumulare sotto la stessa quistione tanto i fondi soggetti a *livello*, quanto i fondi soggetti a *lungo e perpetuo affitto*.

Ciò premesso, veggiamo se validamente si possa sopra questi fondi stabilire per autorità sola del loro possessore una perpetua servitù di acquedotto, e se stabilita possa durare.

§ 454. Il Pecchio risponde colla seguente distinzione: O nell'investitura non trovasi proibizione al livellario di *alienare*, obbligare, od ipotecare i beni livellati senza il consenso del padrone diretto; o questo divieto nella investitura fu apposto. Nel primo caso il livellario può di sua autorità stabilire la servitù dell'acquedotto. Questa però all'occasione della consolidazione dell'utile dominio col diretto va a cessare. Nel secondo caso poi l'atto costituente la servitù diventa nullo, ossia non viene stabilito il diritto, nè il fondo resta aggravato dalla servitù passiva dell'acquedotto. Ma questa sentenza è poi vera, e ricevuta dalla buona giurisprudenza? Il celebre Voet, che scrisse dopo il Pecchio, e che molte volte si rimette al Pecchio per le dottrine sane, e nulla più, risponde alla proposta quistione senza la distinzione praticata dal Pecchio. Egli parlando della necessità della denunzia al padrone del diretto in materia di livelli, e dopo avere notato che sotto il nome di *alienazione* non cade l'oppignorazione, e cessa la necessità d'interpellare il consenso del

autori, e commentando la leg. 1. Cod. *De jure emphyteutico.*

Velasco, *De jure emphyteutico,* Quest. XXIX. in princ.

Fra i più antichi poi si possono vedere i seguenti.

Giovanni da Imola *in capite nulli* 3. *et in capite audientiam* 1. *extravagant. de rebus Ecclesiae non alienandis.*

Gio. Fabbri in leg. 1. Cod. *De jure emphyteutico.*

Giasone *in leg. naturali.* Digest. *De acquirenda possessione.* E per ultimo gli altri riferiti dal ricordato Serafino nella decisione 286. n.° 2.

Se la locazione a lungo tempo rassomigliasse alla temporaria, si potrebbe a lungo tempo affittare un fondo livellario. Eppure il senatore Claro colla comune dei dottori colloca l'affitto *per lungo tempo* fra le alienazioni *incompatibili* coi diritti dell'enfiteusi, e la qualifica come *alienazione vera*. — *Sententiarum receptarum* Lib. III. Quest. XIII. nelle postille.

padrone, prosegue: « Idemque de servitutum praedialium impositione » dicendum est: nam et superficiario licet sine domini consensu servi» tutes imponere, et ipsi quoque vassallo; cui alioquin difficilius, quam » quidem emphyteutae, alienatio permissa est » (1).

Il senatore Claro decide anch'egli la quistione senza la odiosa distinzione del Pecchio. Eccone le parole: « Quaero numquid possit emphy» teuta sine domini consensu constituere servitutem in fundo emphy» teutico. Respondeo: quod sic quantum ad sui praejudicium, non tamen » quantum ad praejudicium domini directi; et ideo finita emphyteusi, » erit etiam finita ipsa servitus. Ita tenent communiter doctores, ut dicit » Caep. Lib. I. *De servit.* c. 14. col. 1. Vide quod dixi in § *Feudum*, » Quaest. 37 » (2).

§ 455. Indipendentemente dalle autorità, la distinzione del Pecchio non regge; e ciò pei motivi medesimi pei quali fu rigettata una simile sentenza in fatto di beni fedecommessarii, come sopra si è veduto. Io non ignoro esistere una formale dichiarazione di Giustiniano, nella quale sotto il *divieto di alienare*, imposto talvolta dalle leggi, dai testatori e dai padroni, si comprende anche la servitù. Questa dichiarazione trovasi inserita nella legge 7. Cod. *De rebus alienis non alienandis;* ma, tutto considerato, si vede:

1.° Che sotto la denominazione di *alienazione proibita* s'intende non una proibizione nuda, cioè senza causa e senza un utile di una designata persona, ma bensì una proibizione motivata, sanzionata, e con designazione della persona, a favore della quale viene in conseguenza devoluto un lucro, come notò il Voet, e nota anche il Gottofredo.

2.° Che se questa dichiarazione del Codice si volesse riferire ad un dato *bene* e a *persone capaci* ad alienare, sarebbe stata con miglior cognizione *posteriormente corretta e limitata* nella Novella VII., della quale abbiamo già riportate più sopra le parole.

3.° Che la detta legge si riferisce propriamente all'*interdizione personale*, la quale riguarda l'*amministrazione tutelata*. In questa non si sanziona l'*assoluto* divieto d'imporre servitù, ma di farlo senza il placito dell'autorità *tutoria*. Quanto alle persone *sui juris*, l'*alienazione speciale* vietata di un *dato fondo* non comprende il divieto d'imporre servitù, come viene spiegato dalla detta Novella VII. A questa pure si ri-

---

(1) Voet *ad Pandectas*, Lib. VI. tit. 3. n.° 31.

(2) *Receptarum sententiarum* Lib. IV. § *Emphyteusis*, Quaest. XXI.

ferisce la legge 1. Cod. *De fundo dotali*, in cui si dice che *alienatio est omnis actus*, *per quem dominium transfertur.*

§ 456. La ragion sola naturale vi dètta il principio, ricevuto per altro in giurisprudenza, che chi non ha interesse non ha azione. L'interesse legittimo del padrone diretto qual è? Durante il godimento del livellario questo interesse consiste nell'ottenere il pagamento del canone, o di quelle altre prestazioni accidentali che furono stipulate nelle investiture. Finito poi il possesso della linea investita, ed allorchè accadesse la consolidazione dell'utile col diretto, questo interesse legittimo consiste nel riavere *intiero* il suo fondo, e nello stato di libertà col quale fu conceduto nell'investitura. Ogni altra limitazione, ogni altra clausola proibitiva e limitativa si deve considerare come non apposta; e ciò in forza della ragione e della legge medesima. Ma così è, che col porre che la servitù cessi allorchè venga il caso della consolidazione, rimane illeso l'interesse e il diritto del padrone diretto concedente. Dunque ciò bastar deve, senza voler estendere col Pecchio la proibizione di alienare fino alla proibizione di contrarre una servitù passiva, la quale talvolta potrebbe esser utile per bonificare un fondo. Il divieto della servitù si vuole compreso sotto il vocabolo generico di *alienare.* Dunque si vuole compreso non in forza del significato *proprio* della parola, ma per una *interpretazione specificativa*. Ma chi autorizzò il Pecchio a questa interpretazione, a fronte della interpretazione specificativa fatta dalla Novella VII.? Chi lo autorizzò a fronte della definizione speciale riferita ad *un fondo*, quale viene espressa nella citata legge 1. Cod. *De fundo dotali?* Il padrone del fondo serviente cessa forse di essere padrone del fondo perchè contrasse una servitù?

§ 457. Leggansi le altre leggi risguardanti l'alienazione propria *reale*, raccolte specialmente dal Pothier nelle sue Pandette al titolo *De verborum significationibus*, num.° 24., e non si troverà traccia alcuna onde estendere il significato legale di *alienazione* alla imposizione di una servitù.

Certamente si troverà che un testatore, allorchè vieta di alienar nulla a pregiudizio di un pupillo; che un legislatore, come fu Alessandro Severo, allorchè proibì ogni alienazione dei beni delle persone tutelate senza decreto di giudice; si troverà, dissi, che il nome di *alienazione* comprende anche l'imposizione di una passiva servitù: ma è per sè chiaro che qui il divieto si riferisce a *ben altro rapporto*. Questo rapporto esige anzi che il divieto sia il più esteso possibile, onde tutelare l'interesse dei protetti, come si proverà più sotto.

§ 458. Se noi indaghiamo il titolo per il quale la servitù cessa, accadendo la consolidazione, noi troviamo ch'essa finisce non per una invalidità intrinseca, o per una mancanza originaria di diritto, ma bensì perchè il fondo passa di nuovo in altre mani, le quali non hanno causa dal concedente la servitù, e nello stesso tempo hanno diritto di riprenderlo nello stato libero in cui si trovava all'atto della sua concessione a livello. Io ripeto qui questa osservazione, dimostrata già colle leggi e colla ragione, onde imprimere nell'animo dei lettori una nozione direttrice per tutti i casi nei quali si tratta di fondi vincolati, sui quali accadesse di stipulare contratti d'altronde per sè leciti, e che non ripugnano alle condizioni essenziali ed ai veri diritti quesiti, interessanti, proprii dell'atto di concessione.

Qui occorrerebbe di trattare la quistione secondo la qualità legale impressa ai fondi livellarii, o soggetti a fitto perpetuo, dal Codice Napoleone. Ma mi riservo discutere questa quistione a suo luogo, e ciò per non ritardare soverchiamente la trattazione delle altre parti della dottrina teorica.

SEZIONE III.

Delle qualità legali delle persone costituenti la servitù dell'acquedotto.

CAPO XVI.

Oggetto di questa Sezione.

§ 459. Dopo avere trattato della qualità legale dei *beni* sui quali si costituisce la servitù dell'acquedotto, ragion vuole che noi discorriamo delle qualità legali delle *persone* dalle quali questa servitù viene costituita. Nella definizione sopra recata abbiamo accennato che debbono essere persone *legalmente capaci* ad obbligarsi. Le *qualità legali*, delle quali parliamo qui, si riferiscono appunto a questa *capacità*. Quello che dicesi delle *cose* per le qualità loro impresse, sia per fatto della legge, sia per fatto dell'uomo, sotto altro aspetto dir pure si deve delle persone per le qualità loro impresse, sia dalla *natura*, sia dal *volere* della legge o dell'uomo.

§ 460. Queste qualità impresse alle persone, quando *prestano a dirittura l'attitudine* a contrarre la servitù dell'acquedotto, costituiscono appunto la *piena e legittima capacità personale.* Quando assolutamente *tolgono* quest'attitudine, costituiscono la *incapacità personale asso-*

luta. Quando finalmente la prestano, o rispettivamente la negano solamente sotto a certe *condizioni* o a certe *discipline*, costituiscono la capacità o la rispettiva incapacità *relativa*.

L'*attitudine*, della quale parliamo qui, è propriamente la *facoltà morale* a praticare atti produttivi di diritto, e di un diritto sanzionato dalle leggi, e tutelato dall'autorità dei magistrati. Essa dir si potrebbe la POTENZA GIURIDICA.

Questa potenza, quando si tratta di costituire una servitù prediale, risulta dall'*unione* della capacità legale delle persone e da quella dei beni (dalla *personale* e dalla *reale*). Se manca una di queste due capacità, manca la potenza stèssa giuridica a contrarre la servitù. Questo è importante in tutte le azioni e le eccezioni che possono riguardare la costituzione della servitù dell'acquedotto, e qualunque altro atto nel quale si tratta di disporre d'un reale diritto.

§ 461. Colle cose discorse nella precedente Sezione noi abbiamo trattato l'argomento della capacità *reale*, che forma uno dei due requisiti *essenziali* della potenza giuridica a costituire la servitù di acquedotto, e ne abbiamo trattato *in relazione* alla costituzione stessa di questa servitù. Ivi abbiamo tacitamente supposto che per parte dei costituenti non esista *personale* incapacità alcuna assoluta o relativa, ma che per questo lato siano concorse tutte le qualità legali competenti. Ora ci rimane a trattare nello stesso modo delle qualità legali delle persone; e però dovrassi ritenere il supposto perpetuo di fatto, che *per parte dei beni* non esista incapacità alcuna a soggiacere alla imposizione della servitù dell'acquedotto.

CAPO XVII.

Principii direttivi risguardanti la capacità personale a costituire la servitù dell' acquedotto.

§ 462. Ognuno intende che per affermare che taluno abbia la *legale capacità personale assoluta* tanto di accordare, quanto di accettare il diritto di condurre un' acqua, richiedesi che la persona abbia la piena e libera facoltà di contrarre. Ma quanto all' *incapacità* che cosa dir si dovrà? L'incapacità personale a contrarre non si può indurre che in forza di *interdetto* emanato o autorizzato dalla legge; perocchè il diritto a contrarre derivando dal diritto originario naturale, non può ricevere *eccezioni* o *limitazioni* se non per *cause determinate* sanzionate da una *legittima autorità* (1). Ora gl' interdetti inducenti l'incapacità personale

(1) Veggasi il Codice universale, § 17.

a contrarre possono essere o *privativi* o *tutelari;* e però taluno può essere *incapace* a contrarre in forza di *interdetto privativo*, e tal altro essere lo può soltanto in forza di interdetto *tutelare.* L'interdetto *privativo* può essere ora *penale* ed ora *civile;* il *tutelare* per lo contrario non può essere *civile.* Col *privativo* o *si toglie* o *si nega* un benefizio in mira all'interesse comune; col *tutelare* per lo contrario *si assicura* questo benefizio a pro della stessa persona interdetta.

SPIEGHIAMO TUTTO QUESTO.

§ 463. Supponiamo una legge, la quale proibisca allo straniero di succedere o di possedere nello Stato nostro senza un reciproco trattato fatto fra il Governo nostro e quello dello straniero, nel quale i cittadini dei due Stati siano reciprocamente abilitati a succedere e a possedere. L'interdetto allora è *privativo*, perchè nega o toglie assolutamente la capacità civile a possedere ed a succedere. Supponiamo ora il caso, che taluno nato nel nostro paese rinunzii espressamente alla nostra cittadinanza, ed acquisti la straniera. Fingiamo di più, ch'egli avesse possedimenti nello Stato nostro, e che o per sè o per mezzo di procuratore volesse contrarre una servitù di acquedotto. È vero, o no, che contro di lui militerebbe l'interdetto *privativo*, indotto dalla ragione pubblica? Qui abbiamo l'esempio di un interdetto *privativo civile*, inducente l'assoluta incapacità a contrarre la servitù suddetta, come ad esercitare qualunque altra civile prerogativa.

§ 464. Ciò che dicesi nel caso sopra riferito si verifica in qualunque altra persona colpita da *morte civile*, sia per un fatto criminoso, sia per altro motivo, come per esempio colla professione dei voti religiosi monastici. Nel primo caso si verifica una causa *penale*, nel secondo una causa *civile*. Nell'uno e nell'altro caso però il motivo impellente si è sempre quello della *comune utilità.* Niuna savia legge nè può indurre, nè può autorizzare interdetti *privativi* senza questo motivo; e però le nude e non motivate proibizioni si debbono considerare o come proscritte o come invalide, e riguardar sempre come un odioso capriccio, contrario ai diritti fondamentali attribuiti dalla natura e sanzionati dalla ragione. L'opera delle leggi è opera di edificazione, e non di distruzione; è opera di giovamento, e non di tormento; è opera favorevole alla libertà commerciale e alla prosperità individuale, e non opera avvinghiante le facoltà e le prerogative date dalla Provvidenza, ed imponente sacrificii dolorosi, non veramente *necessarii.*

Ciò sia detto per illuminare quei ferrei giureconsulti, i quali attribuiscono ai divieti puramente scritti una forza odiosa, e che con ciò calunniano le provvide sanzioni della legge, quasi che la possanza della pubblica autorità dovesse canonizzare tutti i capricci odiosi e mal intesi di un privato padrone. Le cose disputate nei Capi XIII. e XV. mostrano la necessità di questo avvertimento, e pongono in palese il principio eminente, sì legislativo che positivo, che ci ha diretti nelle nostre discussioni. Proseguiamo.

§ 465. Cogli esempii sopra recati s'intende abbastanza in che consista l'interdetto *privato* a contrarre, in forza del quale viene indotta l'*assoluta incapacità legale* ad esercitare atti contrattuali, e quindi a stabilire una servitù. Ora vengono in considerazione gl'interdetti che appellammo *tutelari*. Questi si debbono riguardare come *beneficii* introdotti dalla pubblica autorità, onde supplire alla personale impotenza di un possessore d'un bene o d'un patrimonio. Noi abbiamo già fatto osservare che lo scopo unico di qualunque legge civile si è quello di *pareggiare* fra i privati l'utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà. Se dunque una persona individuale o morale si trova nell'impotenza di vedere o di amministrare i suoi interessi al pari di un avveduto ed intelligente proprietario, egli è ben naturale che questa persona sarebbe esposta nelle comuni transazioni della vita ad essere danneggiata, sia nelle sue contrattazioni, sia nell'amministrazione, sia nella sorveglianza delle proprie sostanze. Dunque lasciando a queste persone la facoltà di potere senz'altra cautela od appoggio contrarre, a fronte di un uomo dotato di tutti i requisiti, lasciando, dico, questa piena libertà, si eseguirebbe non solamente una funesta attribuzione, ma la legge mancherebbe del suo dovere principale. Lo spirito del contratto sociale consiste appunto nel soccorrere altrui là dove manca loro o l'intelligenza o la forza onde guarentire i proprii diritti.

§ 466. Da ciò trae il suo motivo e la sua legittimità tutto il sistema *tutorio* tanto delle persone individuali, quanto delle persone morali. Così un fanciullo posto in età pupillare viene assistito dalla pubblica autorità, dando a lui un tutore o curatore, il quale sia tenuto a render conto della sua gestione alle autorità costituite per quest'oggetto. Così alle donne, attesa la loro debolezza, il loro stato di dipendenza, il loro mal fermo giudizio, poste in lotta colle seduzioni di chi attenta spogliarle di loro sostanze, la legge provvide coll'autorità tutoria dei mariti, dei consigli di famiglia e dell'autorità giudiziaria. Così pure a tutti gli stabilimenti pubblici, sia di beneficenza, sia d'istruzione civile o religiosa, sia di educa-

zione, sia d'altra natura, la legge provvide affinchè la loro amministrazione non fosse lesa dall'avidità personale degli economi e degli amministratori; e per tal ragione li pareggiò ai minori, e loro attribuì gli stessi privilegii, o, a dir meglio, *beneficii pareggianti* di ragione tutelare.

§ 467. Ma nell'atto che la provvidenza del legislatore guarentiva così l'interesse di queste persone, ragion voleva che interdicesse loro la *libera* facoltà accordata ai padri di famiglia, ossia alle persone *sui juris;* attesochè questa sarebbe stata incompatibile colla giusta guarentigia dei loro interessi. Ma questa interdizione non colpisce il diritto *in sè stesso*, ma solamente un dato *modo* di esercitarlo. Dico un dato modo, e questo è il modo *indipendente* col quale viene esercitato dalle persone *sui juris*, perchè sarebbe nocivo. È troppo ovvio e notorio che ogni altra interdizione degenererebbe in una vera proscrizione o confisca, colla quale si colpirebbe la debolezza e la sventura con una pena atroce. Allora la civile società diverrebbe lo sterminio dell'egro e dell'innocente, invece di essergli arca di salute e di protezione.

§ 468. Pareggiare fra i privati la utilità mediante l'assistenza personale della pubblica autorità, ecco lo scopo del sistema tutorio. Da ciò emanarono appunto gl'interdetti personali *tutorii*, e da ciò eziandio si misura la loro estensione per tutte le quistioni di Diritto. In queste quistioni il motivo direttore qual è? *Ne deterior fiat conditio* della persona tutelata. Da ciò si vede che l'incapacità di queste persone è puramente *civile* e *relativa*. Si vede eziandio che il divieto a contrarre si estende e deve di sua natura estendersi a *tutti que' casi*, nei quali la condizione dei tutelati può essere deteriorata. Dunque il principio degli *interdetti tutorii* è totalmente *diverso* dal principio della *vincolazione dei beni* per oggetti particolari e proprii delle persone *sui juris*. Più ancora si vede che per la ragione stessa, per la quale s'interdicono le persone tutelate di fare atti che potrebbero loro essere pregiudizievoli senza l'assistenza dell'autorità tutoria, si vede, dissi, che riuscirebbero senza ragione e puramente ingiuriosi gl'interdetti fatti al possessore di un bene per puro capriccio di un concedente.

§ 469. La *maggior sicurezza* di tutti gl'interessi del *tutelato* comanda la provvidenza di dare la *maggior latitudine possibile* al divieto di alienare senza il placito dell'autorità tutoria. Per lo contrario la maggiore equità ed i maggiori riguardi dei diritti naturali dei contraenti *sui juris* dettano come dovere di dare la *minor* latitudine possibile al divieto di alienare. Essi anzi proscrivono come nullo il divieto, quando il fine del contratto sia salvo, ed illesi gl'interessi reali dei contraenti.

Per la qual cosa la ragione dei divieti *tutorii* diviene, per così dire, *inversa* della ragione dei divieti *contrattuali*. Ciò è conforme anche ai dettami positivi delle leggi, come rispetto al romano Diritto osservarono già il Brissonio ed il Voet. Essi diffatti avvertirono che molto *più largo* è il senso dell'*alienazione tutoria* di quello che lo sia nelle altre disposizioni di legge.

CAPO XVIII.

Delle cause, delle persone, degli atti, e delle sanzioni degl' interdetti tutelari.

§ 470. Volendo richiamare a sommi capi le *cause determinanti* gli interdetti *tutelari*, esse si possono ridurre alle tre seguenti; cioè:

1.° All'*impotenza morale assoluta* di provvedere convenevolmente ai proprii interessi.

2.° Alla *immaturità di giudizio*, o ad un *mal fermo ritegno* nell'esercizio dei proprii diritti.

3.° Ad *impedimenti esterni* per dirigere i proprii affari.

Volendo poi richiamare a sommi capi le *cause disciplinanti* gl'interdetti *tutelari*, esse si riducono:

1.° Alle *circostanze determinanti la scelta* delle persone, alle quali si può *affidare* la tutela delle persone e delle cose altrui.

2.° Alle *circostanze risguardanti l'esercizio dei poteri amministrativi* fra le dette persone. Ottenere diligenza, e rimovere il pericolo che l'amministratore sacrifichi l'interesse del tutelato al proprio, ecco lo scopo delle *discipline* dell'amministrazione tutelare. Allorquando all'amministratore sia libero di esercitare la tutela, la cura o l'amministrazione senza sorveglianza e senza responsabilità guarentita, questo scopo non può ottenersi.

§ 471. Considerando in primo luogo le cause che appellammo *determinanti* gl'interdetti tutelari, noi veggiamo in via di principio generale, che altro è un atto *materiale* o *naturale*, ed altro è un atto *moralmente imputabile*. Più ancora: altro è un atto *moralmente imputabile*, ed altro è un atto *civilmente giuridico*. Tutte le persone prive dell'uso della ragione possono praticare atti *volontarii;* ma questi atti sono forse *moralmente imputabili?* Non mai. = La moralità, considerata come potenza, altro non è che la facoltà di conformare con intelligenza e libertà gli atti proprii ad una norma preconosciuta. = Dunque tutte le persone, sia abitualmente, sia temporariamente, prive di questa facoltà, sono *moral-*

mente non imputabili. Dunque sì per fatto che per ragione debbono essere considerate tutte come poste nell' assoluta *impotenza* a provvedere nel commercio sociale e a fronte dell'altrui egoismo ai proprii interessi. Dunque l' autorità pubblica assume la loro protezione, e le guarentisce dalle oppressioni, dagli spogli che soffrir potrebbero dall'altrui prepotenza o ingordigia (1). Nell'atto che *provvede* affinchè *non siano abbandonate* a sè stesse, essa stabilisce le *difese* necessarie alla *incolumità* dei loro interessi. E siccome con atti anche spontanei potrebbero nuocere a sè stesse, egli è perciò che le leggi comandano che qualunque atto di queste persone non possa essere operativo di diritto per alcuno, a pro del quale venisse praticato. Dichiarare l' impotenza giuridica, ed estenderla al massimo suo segno, è dunque *pietà* e *provvidenza*. Destinare dunque agli impotenti persone che in loro nome accudiscano ai loro affari, è atto di *beneficenza* e di *soccorso*. Fare che queste persone non possano praticare verun atto che potesse essere loro pregiudizievole, senza l' approvazione di pubblici magistrati, è atto di *sicurezza* e di *guarentigia.* Ecco in breve tutto lo spirito delle TUTELE.

§ 472. Lo stato di morale impotenza può essere o *perpetuo* o *temporaneo.* Il *perpetuo* si verifica in tutti gl' individui, la di cui alienazione, alterazione di mente, imbecillità, e stato privo di ragionevolezza, viene considerato o come incurabile, o come impossibile a cangiarsi. Il *temporaneo* si verifica in quelle persone le quali pel naturale corso del tempo passano, sia dalla gretta sfera dei sensi a quella della ragionevolezza, sia dallo stato accidentale di disordine interno allo stato ordinario di sanità e fermezza di mente. Ommettendo parlare di quegl' infelici che sono condannati a *perpetua morale impotenza*, e limitandoci a quelli che vanno soggetti soltanto alla temporanea, si presentano a primo tratto i fanciulli, i quali dall' impero dei sensi passano gradualmente a quello della ragione. L' età diversa viene presa dalle leggi come segnale, onde

(1) Per non affollare le disposizioni di molte legislazioni sceglieremo l' ultima vigente, concorde alle antecedenti. Questo è il § 21 del Codice civile universale austriaco, concepito nei seguenti termini. « Quelli che per » mancanza di età, o per difetto di mente, o » per altre cause, sono incapaci di avere debitamente cura dei proprii interessi, stanno » sotto l' immediata protezione delle leggi. » Sono questi gl' infanti, gl' impuberi ed i mi» norenni, che non hanno rispettivamente » compiuto il settimo, il quattordicesimo ed » il vigesimoquarto anno di loro età; i furiosi, » i mentecatti, gl' imbecilli, che sono privi to» talmente dell' uso della ragione, o che almeno non possono conoscere le conseguenze » delle loro azioni; inoltre quelli ai quali, come dichiarati prodighi, il giudice ha interdetta l' ulteriore amministrazione delle pro» prie sostanze; finalmente gli assenti e le » Comunità. »

con una misura comune determinare il punto nel quale finisce l'incapacità, ed incomincia la capacità morale.

§ 473. Qui però conviene fare una distinzione importante. Altro è la *potenza morale*, ed altro è la *potenza giuridica*. La capacità semplicemente *morale umana* nasce molto più *presto* di quello che sorga la capacità *morale civile*. Questo intervallo fra la capacità *morale naturale* e la capacità *morale civile* deve crescere a proporzione dell'incivilimento della società, in seno della quale nacque e crebbe il fanciullo.

§ 474. La cognizione dei pochi e fondamentali *doveri* puramente *naturali* non esige una lunga età per essere acquistata, nè un raffinato sentimento per sentirne le vere impressioni. Da ciò nacque che l'*imputazione criminosa* viene addossata alle persone molto più presto di quello venga loro attribuita la *facoltà di amministrare* i proprii affari. Maggiori cognizioni, maggiore esperienza esigonsi nelle transazioni della vita civile, di quello che ad astenersi da azioni veramente criminose. Dico veramente criminose, per dinotare quelle infrazioni delle leggi naturali, le quali sono represse presso qualunque società, e in qualunque grado d'incivilimento esse si trovino. Con ciò non si comprendono quelle trasgressioni e quelle colpe, le quali non riescono tali se non per regolamenti tutti proprii di un'artificiale legislazione adattata forse ad un più raffinato incivilimento. In queste la ragione e l'equità esigono di non rendere il pupillo, l'adolescente, e l'abitualmente ignorante, imputabile come il provetto e lo sperimentato; e ciò per la stessa ragione, che a siffatte persone non vengono attribuite le piene facoltà di una libera amministrazione.

CAPO XIX.

Principii generali risguardanti la nullità degli atti interessanti le persone tutelate, eseguiti senza superiore autorizzazione, e le restituzioni in intiero contro gli atti autorizzati.

§ 475. Ma per non divergere soverchiamente dal nostro proposito, e per concentrarci in quei soli rapporti che convengono al nostro argomento, io fo osservare che nel sistema tutorio altro è il complesso degli ufficii delle persone date in soccorso degli impotenti, ed altro sono i riguardi della guarentigia degli amministratori. Gli ufficii di soccorso possono variare secondo i bisogni dei tutelati. La *guarentigia* poi de' tutori e curatori, onde contenerli nei limiti dei loro doveri, riesce sempre la medesima. Imperocchè essa ha in mira d'impedire che il tutore o il curatore, amministrando le cose altrui, non preferisca il proprio interesse

a quello del tutelato, e si approfitti del potere conferitogli per avvantaggiare a danno delle persone commesse alla sua cura. Questa guarentigia dalle leggi romane, dalle intermedie e dalle vigenti fu collocata precipuamente nella resa di conto annuale, e nell'autorizzazione da impetrarsi dalla pubblica autorità in tutti gli affari nei quali può essere deteriorata la condizione delle persone tutelate. Quest'autorizzazione ha luogo specialmente in tutti i contratti e in tutti gli atti simili consensuali che praticar si possono in concorso delle persone *sui juris*. Quest'autorizzazione consiste nel placito delle autorità destinate a passare a siffatti atti consensuali, o ad approvarne la costituzione.

§ 476. Ognun vede che una provvida legislazione doveva stabilire che siffatti atti consensuali, fatti dagli amministratori, sia di persone moralmente incapaci, sia di persone altrimenti tutelate, fossero resi *nulli* senza il placito delle autorità competenti. Ogni altra mezza misura, oltrechè sarebbe stata improvvida, perchè non avrebbe soddisfatto allo scopo del legislatore, sarebbe riuscita eziandio nociva; perocchè se si fosse accordato solamente il diritto di far riformare l'atto celebrato senza placito, e che frattanto avesse dovuto rimaner valido, si sarebbero provocati mille criminosi raggiri, e fors'anche formali delitti, onde rendere fermi contratti od atti lesivi ai tutelati, troppo lucrosi a coloro che acquistarono un bene, un diritto, e perfino anche un'aspettativa.

§ 477. Qui non finiscono ancora le cautele assicurative degl'interessi dei tutelati. Il placito ossia l'autorizzazione imposta dalla legge poteva essere *surretta* od ottenuta per *corruzione*, per *negligenza*, o per altri accidenti, e riuscire in effetto *lesiva* al giusto diritto dei tutelati. Dunque la legge doveva accordare un altro mezzo *sussidiario*, onde guarentire gl'interessi dei tutelati. Questo mezzo sussidiario consiste nella *restituzione in intiero* contro l'atto placitato od autorizzato, onde far rimettere le cose nel pristino stato. Ma se questo rimedio può aver luogo dopo che non si poteva più impiegare quello della nullità originaria, esso adoperar non si dovette che colla *cognizione* di causa, per la quale si facesse constare essere stata *indebitamente* resa deteriore la condizione del tutelato. Le ispezioni quindi cadenti sul giudizio di restituzione sono e possono essere moltiplici, nè qui sarebbe il luogo di trattarle (1).

---

(1) Chi amasse vedere che cosa disponga il Diritto romano tanto per il caso degli atti fatti senza autorizzazione, quanto per il caso delle *restituzioni in intiero* contro gli atti fatti con autorizzazione, consulti l'Opera di Giovanni Voet *ad Pandectas*, tit. *De rebus eorum qui sub tutela et cura sunt sine decreto non alienandis vel supponendis*, ed il titolo *De minoribus XXV annis*, e gli altri analoghi alle tutele ed alle curatele. Si vedrà

§ 478. Osserveremo solamente, che celebrato un atto col placito e coll'autorizzazione, esso rimane fermo sino alla decisione del giudizio di restituzione in intiero. Questo giudizio altro non somministra che un estremo rimedio, allorquando l'autorizzazione, per la quale si rende valido l'atto, peccasse non di semplice *forma* (perocchè allora è nulla), ma nel *merito*, allorchè fosse legalmente *lesiva* delle ragioni del tutelato. Premesse queste nozioni, passiamo all'argomento della costituzione della servitù di acquedotto.

CAPO XX.

Della costituzione della servitù di acquedotto sui beni delle persone tutelate.

§ 479. Il Pecchio restringe la sua trattazione ai *pupilli*, alle *donne*, ed alle *persone ecclesiastiche*. Ma la quistione può essere esposta in generale, ed abbracciare eziandio altre persone, sia individuali, sia morali, contemplate nel sistema tutorio delle leggi. La ragione si è, che il motivo e lo scopo del legislatore essendo identico anche per queste altre persone, si doveva pure estendere alle medesime la protezione e la guarentigia delle leggi. Per la qual cosa tanto la *nullità* degli atti fatti *senza* le dovute autorizzazioni, quanto la *restituzione in intiero* contro gli atti fatti *con* autorizzazione, attribuir si doveva a tutte queste persone, al pari dei pupilli, delle donne e delle persone ecclesiastiche (1), contemplate dal Pecchio. Ma volendo noi sapere se, giusta il Diritto romano, la servitù di acquedotto si possa imporre sopra i fondi pupillari o simili

---

quanto nelle leggi romane, specialmente sviluppate, siasi apportato di cura per assicurare ad ogni modo il giusto interesse tanto dei tutelati, quanto della comune dei cittadini.

(1) « Dicta hactenus de rebus pupillorum » sine decreto non alienandis, etiam ad res » Ecclesiae, orphanotrophii, gerontocomii » (*convitto di vecchi*) similiumque porrigenda videntur, cum in haec in restitutionibus » aliisque plurimis utantur minorum jure, et » rerum talium quasi tutores ac curatores. » Leg. *Orphanotrophos* 32. Cod. *De episcopis et clericis.* — « Quod et ipsum evinci plenius » potest ex his quae dicta sunt in tit. *De mi*» *nor. XXV annis*, n.° 55. » — E qui l'autore rimette ad Antonio Mattei per informarci delle maniere colle quali le cose del Fisco, delle città, dei borghi, dei villaggi vengono poste all'asta per essere validamente alienate. — Voet *ad Pand.*, Lib. XXVII. tit. 9. n.° 17.

ai pupillari senza autorizzazione, e però se questa imposizione sia originariamente valida o nulla, noi abbiamo pronta la positiva risposta dal testo formale della legge *Sed si pecunia III.* § penult. Digest. *De rebus eorum qui sub tutela vel cura sunt etc.*; dalla quale risulta che *senza* l'autorizzazione suddetta riesce *nulla*. Nel caso poi che col contratto fosse stato *leso* il tutelato, rimane il beneficio della *restituzione in intiero*, per far risolvere la concessione autorizzata; e frattanto la servitù imposta sussiste almeno per la sua presuntiva validità.

§ 480. Questa decisione vale per tutte le persone individuali e morali, alle quali dalle leggi fu esteso il sistema tutelare. La varietà delle persone non può indurre alcuna varietà di diritto, stantechè riguardo a tutte vige il pericolo, sia dell'incuranza, sia della corruttela e della usurpazione degli amministratori o curatori; e vige eziandio la possibilità della surrezione o della precipitazione del placito o decreto di autorizzazione.

§ 481. Qui non soggiungerò la ispezione e la cautela suggerita dal Pecchio di far cautare *in propriis* dai curatori od amministratori il rispettivo contratto, perocchè ciò non riguarda l'esposizione teorica e primitiva della dottrina che esponiamo. I limiti della medesima riguardano il diritto *attributivo*, e qui propriamente siamo ristretti ai soli rapporti dei *costitutivi* sì esterni che interni della condotta delle acque. Porre i soli fondamenti della dottrina, riserbandoci di esporre la *maniera* della loro costituzione, ecco la sfera entro la quale si doveva aggirare questa prima Parte. La *natura* della servitù dell'acquedotto, le *qualità legali* dei beni e delle persone, dovevano richiamare di proposito le nostre ricerche. E perchè il giudizio dei leggitori fosse illuminato e diretto dalla ragione, e perchè intendessero lo spirito animatore e direttore delle leggi positive, noi ci siam fatto un dovere di non gettare avanti le grette ed isolate disposizioni della legge positiva; perocchè con siffatto modo, usitato dai volgari prammatici, non solamente si paralizza lo spirito dei consulenti, dei magistrati, e della comune dei cittadini, ma si toglie perfino quel lume di ragione, col quale si possa vedere tutto il campo dell'argomento stesso che si deve trattare.

§ 482. Figuratevi un piano deserto, sul quale giacciano i rottami di un regolare edifizio. Sopravviene un osservatore, che brama di cogliere

il tutto insieme che può risultare da questi rottami. Invece di esibire a lui un disegno, nel quale si veggano collocati al loro posto, e supplito a quelle lacune che sarebbero lasciate dai rottami giacenti, fingete che un maestro architetto dicesse: tu, osservatore, studia ad uno ad uno questi rottami, raccozzali nella tua imaginazione, compisci l'edifizio che ne sorge; che cosa dir si dovrebbe di questo maestro? Tali sono tutti quegli scrittori, i quali ti presentano grette e staccate quistioni decise colla sola lettera positiva (1).

(1) Tanto il Codice Napoleone, quanto il Codice universale austriaco avvertono i consulenti ed i magistrati di supplire al silenzio della legge positiva col ricorso finale alla ragione naturale sì privata che pubblica. Ora come sarebbe mai possibile il far ciò senza conoscere nella data materia la ragione movente e dirigente della legge, e precipuamente i principii tanto eminenti quanto subalterni della ragione civile? Da ciò si vedrà il motivo pel quale in questa prima Parte furono da noi esposte e dedotte le dottrine nel modo per noi praticato.

DOTTRINA TEORICA
SULLA
CONDOTTA DELLE ACQUE

PARTE II.

DELLA RAGIONE DIRETTIVA IN MATERIA DI CONDOTTA DELLE ACQUE

INTRODUZIONE

I.

Oggetto e parti di questa ragione direttiva.

§ 483. Che cosa abbiamo noi veduto nell'antecedente Parte? Quali siano i costitutivi fondamentali della servitù legittima dell'acquedotto privato. — A che si riducono essi? 1.° Alla capacità legale dei beni; 2.° alla capacità legale delle persone; 3.° ai caratteri sì essenziali che modali, sì di fatto che di ragione di questa servitù. L'autorità fondamentale di Diritto, inchiudente dominio, libertà e tutela, sta sempre sotto a questi speciali oggetti (1). L'azione eminente di quest'autorità fu quindi indicata col premettere i dettami risguardanti il dominio privato delle acque. Così noi abbiamo spiegato quali siano i costitutivi della *potenza giuridica*, e quali i caratteri generali del *diritto relativo* (2).

§ 484. Ma ogni potenza può variamente agire. In qualità di *potenza giuridica* poi non può agire che in una *maniera conforme* all'*ordine sanzionato* dalle leggi; altrimenti non è giuridica. Questa potenza poi

(1) Vedi il mio *Assunto primo della scienza del Diritto naturale*, n.° VI.

(2) Quanto alla capacità legale dei beni e delle persone, ed ai caratteri dell'acquedotto, abbiamo accennato le dottrine di ragione naturale e di comune diritto. Ci rimane a soggiungere ancora le decisioni del Codice Napoleone e dell'austriaco.

deve agire nell'*acquistare*, nell'*effettuare*, nel *conservare*, nell'*usare* del privato acquedotto. Dunque devesi conoscere quale sia la *maniera legittima* di esercitare gli atti costituenti tutte queste funzioni. = Il complesso dei dettami autorevoli, pei quali si determina questa maniera legittima, costituisce la RAGIONE DIRETTIVA della condotta delle acque. = Così si passa dalla *potenza* all'*atto;* così alla *scienza* succede l'*arte*.

In questa *ragione direttiva* si possono dunque distinguere *tante parti*, quante sono le grandi funzioni risguardanti l'acquedotto. Queste parti debbono formare l'argomento delle seguenti nostre ispezioni. Esse si possono ridurre alle seguenti; cioè:

1.° Della ragione direttiva della condotta delle acque risguardante l'*acquisizione*.

2.° Della ragione direttiva risguardante l'*effezione*.

3.° Della ragione direttiva risguardante la *conservazione*.

4.° Della ragione direttiva risguardante l'*uso*.

II.

Della filosofica espositiva ragione direttiva. Necessità della cognizione ed applicazione di amendue.

§ 485. Questa ragione direttiva può essere sì *filosofica* che *positiva*. La *filosofica* viene determinata in conseguenza dei *rapporti reali* tanto delle cose quanto degli uomini, ai bisogni dei quali conviene provvedere. La *positiva* viene determinata in conseguenza dei *comandi* o dei *principii* sanzionati dall'*autorità* del legislatore. Dunque fra la ragione filosofica e la positiva può passare o *distanza*, o *varietà*, od *opposizione*. *Distanza*, allorchè il legislatore si *limitò* a sanzionare *in generale* soltanto le *maniere* colle quali si debbono esercitare le date funzioni (1). *Varietà*, allorchè prescelse maniere *non identiche* con quelle suggerite dalla ragione filosofica, senza per altro contrariarne il fine. *Opposizione* finalmente, allorchè queste maniere vanno *contro* al fine della filosofica.

§ 486. Posto che la legislazione anche in oggi vigente c' insegna nel silenzio dell'autorità positiva a ricorrere alla *ragione naturale* (2), è ma-

(1) Nel Capo XXII. del Libro I. Parte I. abbiamo già avvertito qual sia il punto di prospettiva, ossia quale la *distanza* dalla quale un legislatore deve contemplare il suo oggetto, onde provvidamente statuire.

(2) « Qualora una causa non si possa decidere nè dalle parole, nè dal senso naturale » della legge, si avrà riguardo ai casi consimili precisamente dalle leggi decisi, ed ai » fondamenti di altre leggi analoghe. Rimanendo nondimeno il caso dubbio, dovrà decidersi secondo i *principii del Diritto naturale*, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso maturamente ponderate. » (§ 7

nifesto che conviene conoscere anche la ragione filosofica, onde soddisfare a dovere alle vedute del legislatore. Questa cognizione serve non solo a *supplire*, ma eziandio a *ben intendere* un Codice, allorchè specialmente egli è più dottrinale, che imperativo; più limitato ai principii, che avvicinato alle pratiche contingenze.

La buona giurisprudenza non è un tesoro che acquistar si possa a buon mercato. Lardellar la memoria colle sole grette disposizioni letterali, egli è lo stesso che radunar sassi e calcina per fabbricare. Con questo adunamento triviale sapete voi come vada fabbricato? sapete voi come vada supplito? sapete voi come vada rimediato?

§ 487. Io debbo trattare della *ragione direttiva* della condotta delle acque. Dunque la ragione filosofica e la positiva debbono concorrere d'*accordo* a determinare le regole competenti. In questa Parte si concretano le circostanze reali, e quindi i dettami *proprii* della condotta delle acque. Così sorgono le dottrine pratiche risguardanti questa materia. Dico di più: qui si raccolgono i dettami della *ragione lucrativa* (1) della condotta delle acque, nel mentre che s'acquistano i lumi necessarii per decidere a dirittura le relative controversie. Allorchè ci occupammo della sola *potenza giuridica*, noi versammo nella sfera *comune* alle altre servitù. Qui per lo contrario le vedute comuni si modificano colle *proprie;* alle generiche si associano le specifiche. Per tal modo si compie la vera scienza e la proficua dottrina. Ciò che segue non si aggira fuorchè sopra un interesse *indiretto* o *subalterno*. Tal è quello che risulta, sia dalla *liberazione* delle servitù, sia dalla *tutela contenziosa*, e così discorrendo.

---

del Codice civile austriaco). Questa regola non ha luogo fuorchè nel Diritto civile *statuente* ed *attributivo*, e non mai nel Diritto criminale, e nemmeno nello stesso Diritto civile risguardante le formalità degli atti, od altri oggetti puramente regolamentari. Veggasi il mio *Assunto primo della scienza del Diritto naturale*, § 28. Veggasi poi, quanto alla necessità di questa restrizione negli atti civili, dove il legislatore impose *formalità* o *cautele*, ciò che energicamente espose il sig. Merlin contro la pretesa *equità*, della quale i Tribunali si fanno lecito di usare contro le provvidenze positive della legge. Non saprei mai raccomandare abbastanza la sua Requisitoria presentata alla Cassazione di Francia per l'interesse della legge li 27 Giugno 1807, alla quale la Corte aderì con sua decisione del 26 Agosto (*Repert. V. Mineur*, § 4).

(1) Si richiami qui ciò che ho scritto al principio del Libro III. della Parte antecedente.

III.

Distinzioni capitali fra il diritto, l'oggetto e il fatto dell'acquedotto. Loro necessità.

§ 488. Altro è il *diritto* dell'acquedotto, ed altro è l'*oggetto reale* di questo diritto. Altro è pure l'*oggetto reale*, ed altro è il *fatto materiale* di lui. Io non ho bisogno di spiegare queste distinzioni dopo le cose già discorse (1). Un'altra distinzione più sentita che avvertita si è quella della *ragione* dell'acquedotto dalla *servitù* dell'acquedotto. La ragione dell'acquedotto abbraccia *tutto il fatto* del medesimo, e però comprende la *presa* dell'acqua, il *capo* dell'acqua, e la *via* dell'acqua. Per lo contrario la servitù, ristretta alla sola pazienza o al permesso, può esistere ristretta alla sola *via* dell'acqua privata sul terreno o nel canale altrui. Dunque la ragione della intiera *condotta* presenta un concetto più *ampio* di quello della *servitù* contemplata dalle leggi. Ecco un oggetto che dovrà essere esaminato, onde conoscere se taluno abbia acquistato, per esempio, il solo diritto d'una *presa* d'acqua, ovvero eziandio la *servitù* del passaggio, o viceversa.

IV.

Osservazione speciale sulla qualità di servigio reale in opposizione al personale.

§ 489. Tutte le legislazioni si accordano nel qualificare la *servitù* di acquedotto come effettuata *da cosa a cosa;* e nello stesso tempo pronunciano che la sua durata può dipendere sia dallo stato delle cose, sia da quello delle persone. *Reale* è quindi sempre qualificata l'*entità* e la *consistenza* di questa servitù. *Personale* o *reale* viene poi qualificata la *sussistenza*, la *durata*, la *vitalità*, o, per parlare il comune linguaggio, l'INERENZA di questa servitù. Sull'*entità*, che noi appellammo *effettiva*, fu detto abbastanza nel Capo I. del Libro III. dell'antecedente Parte. Su questa *inerenza* poi cadde appunto la dottrina esposta nel Capo VIII. dello stesso Libro: il senso della quistione, se sia reale o personale, cade non sull'*entità*, ma sull'*inerenza*.

§ 490. Che la *entità*, la *consistenza* della servitù di acquedotto sia *reale*, e non *personale*, non poteva formare oggetto nè di quistione, nè

(1) Vedi i Capi I. II. III. del Libro III. dell'antecedente Parte.

di analisi. Ognun vede che non solamente la destinazione e il deflusso di un'acqua da luogo a luogo è per sè reale, vale a dire è per sè cosa fisica; ma vede eziandio, che se il concedente non fa che *permettere* qualche cosa, la sua *persona* non è vincolata a verun positivo servigio nè verso il concessionario, nè verso i di lui beni.

§ 491. Ma benchè questo schiarimento sembri inutile per occupare di proposito l'istruzione, ciò non ostante egli è importante per la guarentigia della libertà e dell'indipendenza personale dei privati, i quali ricordar debbono sia la schiavitù personale, sia quella della gleba, sia i servigi feudali. Senza un esame comparato delle tre legislazioni su questo punto non sarebbe possibile determinare molti effetti di diritto risguardanti le servitù civili private. Quindi l'intenzione delle rispettive leggi deve essere esattamente ravvisata e lucidamente esposta, onde fissare la ragione direttiva del ramo da noi esposto. Ciò formerà oggetto di una speciale quistione.

V.

Vera e completa nozione della ragione civile.

§ 492. Il modulo del giureconsulto deve essere quello della *ragione civile*. Pareggiare fra i privati l'utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà, ecco la formola che deve presiedere e che deve risultare intiera dalla soluzione di tutti i problemi di giurisprudenza. Se il giureconsulto non deve usurpare il posto del legislatore, egli deve nondimeno porsi a livello del legislatore. Questo dovere fu dichiarato allorchè il legislatore comandò l'ultimo ricorso alla ragione naturale.

§ 493. Ma questa ragione naturale non è ragione speculativa *astratta*, la quale attener si debba agli scheletri spolpati di uno sfumato trascendentalismo. Non è nemmeno una ragione causale *ipotetica*, la quale aggirar si debba sui fantastici romanzi della civile associazione. Non è nemmeno una ragione positivamente *teocratica*, la quale debba far valere le interpretazioni teologiche negli affari del mio e tuo. Non è finalmente una ragione servile *fittizia*, la quale tenti violentare i rapporti necessarii delle cose coi placiti positivi, sia di passione, sia di circostanza. Questa ragione naturale è ad un tempo stesso filosofica, morale e politica; perocchè tutti questi rapporti concorrono di fatto negli atti reali e concreti della vita civile. Questa ragione naturale si vale bensì della filosofica per determinare i *caratteri logici* delle cose; ma nel tempo stesso abborrisce di assoggettare le decisioni ai soli rapporti di questi ca-

ratteri. Essa si vale bensì della *morale*, ma abborrisce nello stesso tempo di estendere i vincoli oltre i rapporti del pareggiamento della utilità, ed oltre i confini della verità estrinseca e comprovata delle cose. Essa si vale bensì della *politica;* ma nello stesso tempo abborrisce di estendere i sacrifizii della privata utilità oltre i rigorosi confini d'una reale e riconosciuta necessità comune, la quale si risolve nella maggiore utilità dei singoli.

§ 494. Queste avvertenze sono qui esposte a fine di far rilevare i *limiti* di quel *potere discrezionale*, il quale (a fronte di una natura infinitamente variabile nelle contingenze degli affari civili) fu dal legislatore lasciato alla pratica giurisprudenza. Se v'ha parte di dottrina, nella quale questa RAGIONE NATURALE eminentemente filosofica, morale e politica deve intervenire in questo nostro Trattato, ella è appunto quella in cui si tratta della *ragione direttiva;* perocchè dai dettami di lei si determina ciò che si deve fare o non fare nella data materia, e ciò che si deve pronunciare o non pronunciare in una data quistione. =L'arte di determinare nei casi occorrenti ciò che è di ragione in conseguenza di leggi preesistenti=, ecco in che consiste la UNIVERSALE GIURISPRUDENZA (1).

(1) Chi bramasse formarsi una nozione filosofica della giurisprudenza, può consultare il detto *Assunto primo della scienza del Diritto naturale*, n.° XXVIII.

LIBRO I.

DELLA RAGIONE DIRETTIVA RISGUARDANTE L'ACQUISIZIONE DELL'ACQUEDOTTO.

CAPO I.

Prospetto e spiegazione dei principali oggetti di questo Libro.

§ 495. Cercare la ragione direttiva risguardante l'*acquisizione* dell'acquedotto, egli è lo stesso che cercare quali sieno i *modi legittimi* onde acquistare la condotta delle acque. Questi *modi* in che possono consistere, fuorchè in *determinati atti* della potenza umana?

§ 496. Ma l'uomo non crea nulla, ma contempla il creato, agisce sul creato, ed opera colle forze del creato. Dunque prima di conoscere i varii atti umani risguardanti l'acquedotto, convien conoscere il FATTO GENERALE dell'acquedotto. Sotto il nome di *fatto generale* si vuol qui dinotare non le forme diverse *contingenti* ed *arbitrarie*, colle quali si può effettuare la condotta delle acque; ma unicamente le circostanze *naturali* e *perpetue*, senza le quali non può di fatto esistere l'acquedotto. Senza questa cognizione mancherebbero i competenti lumi fondamentali alla ragione direttiva risguardante l'acquisizione della condotta delle acque.

§ 497. Allorchè trattavamo dei *costitutivi* della potenza giuridica, bastava una cognizione *generica* e *compatta* del fatto dell'acquedotto. Ma qui, dove trattiamo della ragione *direttiva*, è indispensabile una cognizione *distinta* e *specificata* del fatto essenziale dell'acquedotto. Queste specificazioni sono tanto più importanti, quanto è più certo che non sempre richieggono il fatto dell'uomo per essere *effettuate*; e quanto è più certo ancora, che alcune di esse si possono verificare e cadere in contrattazione senza che si verifichi la servitù dell'acquedotto privato, nel senso preciso inteso dalle leggi positive. Ho detto in primo luogo, che la servitù dell'acquedotto non ricerca sempre il fatto dell'uomo per essere *effettuata*. Badate bene, non dico per essere *concordata*, ma per essere *effettuata*. Eccone un esempio. Dal podere di Pietro al podere di Paolo decorre naturalmente un'acqua: finchè decorre naturalmente non vi ha

servitù alcuna di acquedotto. Paolo bramando assicurarsi in perpetuo il benefizio di quest'acqua, induce Pietro a promettergli di non deviare mai quest'acqua. Ecco stabilita la servitù. Per far ciò che cosa è stato necessario? Forse di fissare sia la quantità dell'acqua, sia il luogo dell'estrazione, sia la via da tenersi? Nulla di tutto questo. Altro non è stato necessario, che la promessa di Pietro di non deviare l'acqua. Qui il fatto della condotta, che cadde in convenzione, è *identico* a quello che fu stabilito dalla natura. Per far nascere da una parte il diritto di Paolo, e far riescire il suo fondo dominante; per indurre dall'altra parte l'obbligazione di Pietro, e far riescire il suo fondo serviente; altro non è abbisognato, fuorchè la promessa di Pietro di non deviare in futuro l'acqua dal suo corso attuale.

§ 498. Ma benchè tutto questo sia vero, egli è vero del pari che se il fondo di Pietro non fosse *superiore* e non avesse un *declivio* rispetto a quello di Paolo, l'acqua non avrebbe defluito dal fondo di Pietro a quello di Paolo. Più ancora: se l'acqua non avesse trovato una *seguita cavità* di terreno adattata, entro cui trascorre, ella non trascorrerebbe al fondo di Pietro, ma seguirebbe un'altra via. Finalmente, se tra il fondo di Pietro e quel di Paolo si fosse frapposto qualche *ostacolo*, l'acqua non sarebbe mai *entrata* nel fondo di Paolo. Egli è dunque manifesto che una *massa*, un *impellente*, un *varco*, una *via*, per legge naturale di natura si ricercano nel *fatto* dell'acquedotto fra i fondi di varii possessori.

§ 499. Ho detto in secondo luogo, che alcuna delle circostanze effettuanti il *fatto* dell'acquedotto si possono attivare senza che si verifichi la *servitù* dell'acquedotto. Eccone un esempio. Pietro possiede un canale o un lago. Egli vende a Paolo, a Giovanni, e ad altri, tante once d'acqua in dati giorni. Egli ha cura di dispensarla, e di chiudere le bocche, finita la dispensa. Qual servitù d'acquedotto qui esiste? Qui veggo una *prestazione* d'una merce senza destinazione alcuna; qui veggo un deposito d'acqua, come in una cantina veggo un deposito di vino: ma non veggo la *servitù reale* dell'acquedotto intesa dalle leggi.

§ 500. Sia pur vero che l'acquirente della presa dell'acqua se ne giovi per irrigare i suoi fondi. Questa è una *destinazione* tutta volontaria dell'acquirente, e mutabile a di lui beneplacito. Egli egualmente valersene poteva e se ne può ad animare un opificio, a nutrire una peschiera, ad abbellire un giardino con un getto di fontana, a provvedere un bagno, e così discorrendo. D'altronde qui l'acqua venduta non è un fondo servente, ma una merce *distratta*; in breve, manca il precipuo e fondamentale requisito della *servitù positiva*, intesa dalle tre legislazioni che dobbiamo

osservare. Ciò verrà estesamente dimostrato in questo Libro, dal quale risulterà che altro è la *ragione* dell'acquedotto, ed altro la *servitù* relativa. Più ancora, che altro è la *nozione* di questa servitù in linea di ragione filosofica, ed altro in linea di autorità positiva della vecchia, intermedia e vigente legislazione.

§ 501. Tutto questo vien detto a fine di far sentire quanto importi rilevare il *fatto* dell'acquedotto, onde non iscambiare una specie di acquisizione con un'altra; e a far sentire quali condizioni richieggansi per verificare la detta acquisizione. In questo fatto convien distinguere tutte le *circostanze concrete*, le quali potendo far variare l'*interesse* delle parti, possano per ciò stesso far variare il *diritto*, e quindi formare oggetto della ragione direttiva. Tutte le parti del *fatto* essenziale dell'acquedotto contengono circostanze interessanti. Queste parti si possono ridurre: 1.° alla *presa* dell'acqua; 2.° al *capo* (1) dell'acqua; 3.° alla *via* dell'acqua. Nella *presa* dell'acqua interessa la *qualità;* perocchè è diversa l'acqua che dopo l'irrigazione di un fondo grasso e concimato scorre ad un fondo inferiore, dall'acqua cruda che viene estratta da una corrente primitiva. La prima, oltre di bagnare, fertilizza; dove la seconda o bagna soltanto, o talvolta smagrisce. In questa *presa* interessa pure la *quantità*, il *tempo* invernale o estivo, secco o piovoso, ec. ec. Quello che dicesi della *presa* si deve rispettivamente osservare anche nel *capo* e nella *via* dell'acqua, come si vedrà più sotto, tanto nella dottrina teorica, quanto nelle questioni pratiche.

§ 502. Alla dottrina direttiva, risguardante il *fatto essenziale* della ragione dell'acquedotto, succede la ragione direttiva, risguardante l'ACCORDO dell'acquedotto. E qui cadono tutti i *modi* consensuali, coi quali, supposta la capacità dei beni e delle persone, può da taluno essere *acquistata* la ragione d'una condotta di acqua. Ognuno intende che qui occorrono i dettami sia dell'*espresso* che del *tacito consenso*, e quindi le *concessioni benevole*, i *contratti commutativi*, le *usucapioni* ec., ed in conseguenza i *modi* per farne *constare*. Qui cade la contemplazione avuta dai contraenti del fondo dominante, del serviente, e della destinazione dell'acqua; e quindi l'*accordo* su questi oggetti, senza dei quali non esiste servitù legittima. Qui si pone in evidenza il perno massimo, sul quale si aggira tutto il *diritto* della servitù dell'acquedotto. Qui in

(1) La denominazione di *capo dell'acqua* fu tratta dalla legge romana, come si può vedere nel Capo XXXII. in nota del Libro I. della Parte antecedente. In questo Libro io comprendo per l'effetto l'*impellente* e l'*incile;* locchè nei canali abbraccia i *travacatori* e le *bocche,* e quindi l'operazione dell'*invasamento*.

ultima analisi si rende manifesto, che il padrone del fondo dominante acquistando una presa di acqua, e valendosi del permesso di farla passare per il fondo altrui, con un atto di dominio proprio *destina* questa acqua a servire il dato fondo; *partecipa* questa destinazione all'altro contraente; e quindi per un mutuo consenso *destinano* il servigio del fondo che sostiene la via dell'acqua. Qui cadono tutte le dottrine risguardanti la *elezione* per determinare un oggetto fra molti, e tutte le regole d'*interpretazione* degli atti risguardanti l'acquisizione dell'acquedotto. E siccome importa tanto di concretare il comodo degli acquirenti, quanto di guarentire i beni dei possessori; così la ragione suggerì di far constare della *qualità* della intesa concessione della servitù, e però di accertare se sia *apparente* o *non apparente*, *continua* o *discontinua*, di *inerenza reale* o *personale*. A norma di queste qualificazioni anche le leggi stabilirono provvidenze diverse risguardanti la rispettiva *acquisizione*. Tutti questi ed altri simili oggetti di diritto statuente e probatorio formano un complesso, il quale comprende la ragione direttiva risguardante l'ACCORDO col quale si *acquista* l'acquedotto.

§ 503. Ognun sa che una data convenzione di acquedotto può essere fatta ora a *titolo* di precario, ora a *titolo* di perpetua donazione, ora a *titolo* di permuta, ora a *fronte* di un dato prezzo, ec. A seconda di questi titoli si può avere una norma onde pareggiare le utilità, e quindi giudicare con equità. Diffatti a seconda di questi titoli si attribuiscono o si negano certi diritti specialmente conseguenti. A seconda di questi titoli si accordano o si rifiutano certe azioni o eccezioni giuridiche, sia in via di attribuzione, sia in via di garanzia, sia in via d'indennità. Dunque alla ragione direttiva, risguardante il *fatto* e l'*accordo* dell'acquedotto, aggiunger si deve la ragione direttiva, risguardante i TITOLI CAUSALI dell'acquisizione del medesimo.

§ 504. E qui si presenta spontaneamente la distinzione fra l'acquisizione *primitiva* e la *derivativa*, la *principale* e la *subalterna*. Nell'acquisizione *primitiva* i titoli causali fondano per sè stessi e in via *principale* l'acquedotto. Nella *derivativa* per lo contrario accade che l'acquisizione dell'acquedotto si presenta come *connessa* e *conseguente* ad un *altro atto* principale. Così fra i coeredi di beni dotati d'una ragione di acqua si crea la *servitù* mediante l'atto stesso della *divisione* dei beni ereditarii. Lo stesso avviene sia colla vendita o altra simile alienazione o totale o parziale di un fondo dotato della stessa ragione di acqua, sia colla *concessione stessa in via principale* del transito di un'acqua altrui pel fondo mio, fatta ad un terzo. Tale sarebbe il caso nel quale io accor-

dassi il transito di un'acqua estratta da un canale altrui, bordeggiante il fondo mio, a vantaggio del fondo inferiore di un terzo, colla condizione di potere, per correspettivo della da me concessa servitù di transito, valermi di tanti digiti ed ore di acqua, e trasmetterne gli scoli al fondo inferiore, al quale compete il principale diritto di estrarre l'acqua dal canale dispensatore. Qui l'acquisizione mia è *derivativa*, e nell'atto stesso si verifica una bilaterale convenzione di servitù. Io potrei moltiplicare gli esempi di acquisizioni *derivative* o *subalterne;* ma questi bastino per ispiegarne il concetto.

§ 505. Posta l'indole, le condizioni, i mezzi certificanti ec. dei diversi *titoli causali* dell'acquisizione sia primitiva, sia derivativa, ne nasce in pratica l'assoluta necessità di determinare i *modi convenevoli* voluti dalla natura e dalle leggi. Così la ragione direttiva concernente questi *titoli*, collegandosi colla ragione direttiva concernente l'*accordo* e il *fatto* dell'acquedotto, noi otteniamo quell'*ordine legale*, il quale regola le acquisizioni dell'acquedotto.

Esporre quest'ordine legale, ecco l'*oggetto* di questo Libro. La ramificazione e la filiazione delle dottrine apparisce abbastanza dal prospetto ora presentato. Noi dunque tratteremo di seguito gli argomenti, senza più occuparci singolarmente a mostrarne la necessità e il nesso, come abbiamo talvolta praticato nella Parte antecedente. Al Ciel piacesse che nella positiva giurisprudenza s'introducesse finalmente un po' di ordinamento logico e di sana filosofia!

SEZIONE I.

Preliminari sulla ragione dell'acquedotto, onde determinare la ragione direttiva della di lui acquisizione.

CAPO II.

Quali contratti entrar debbano nell'acquisizione dell'acquedotto, secondo la vecchia e l'austriaca legislazione.

§ 506. Pietro possiede un fontanile in un dato luogo del suo podere, lontano dai confini del podere contiguo di Paolo. Questo fontanile scarica naturalmente le sue acque fuori del podere di Paolo. Paolo domanda a Pietro una presa di acqua del suo fontanile, e la condotta dal fondo superiore di Pietro al proprio. Pietro accorda tutto questo. Che cosa abbiamo qui? Certamente abbiamo un contratto completo di acquedotto.

Paolo con questo contratto ha acquistato in favore del suo podere una ragione di acqua, colla quale ne aumentò il valore. Questa condotta forma la dotazione del podere di Paolo. Ora si domanda che cosa sia stato convenuto in questo contratto, ossia quale sia l'*oggetto legale* qui convenuto, prendendo per norma la intenzione positiva delle leggi.

§ 507. Per rispondere a questa quistione conviene consultare il senso delle leggi passate e presenti, onde rilevare quale *latitudine* esse abbiano attribuito al concetto di *servitù positiva* dell'acquedotto. Tutto esaminato secondo *un testo isolato* del Diritto romano, e secondo il Codice austriaco, si trova che nel caso ora figurato sono intervenuti realmente due contratti: il primo risguarda la *presa* dell'acqua; il secondo la *condotta* della medesima attraverso al podere di Pietro, per trasmetterla al podere di Paolo. Il fondamento di questa distinzione risulta appunto dall'autorità positiva delle leggi suddette, tanto in forza del concetto generale attribuito alle servitù, quanto al concetto particolare annesso alla denominazione di *acquedotto*.

§ 508. Dico in primo luogo che questa distinzione risulta dal concetto generale attribuito alle servitù. *Permesso* e *pura pazienza* sono i caratteri distintivi, entro i quali fu limitato il concetto ordinario delle servitù di consistenza reale, tanto dal testo isolato suddetto, quanto dal Codice austriaco (1). Posti questi limiti, ne viene la necessaria conseguenza, che la prestazione dell'acqua del fontanile può bensì formare, come forma diffatti, una concessione indispensabile ed *annessa* allo stabilimento dell'acquedotto; ma non forma una parte integrante ed essenziale della *servitù propria* dell'acquedotto, quale venne intesa dal detto testo e dal Codice austriaco. Dico in secondo luogo che questa distin-

(1) « Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis (veluti viridia tollat, aut » amoeniorem prospectum praestet, aut in » hoc, ut in suo pingat), sed ut aliquid patiatur, aut non faciat. » Leg. 15. Digest. *De servitutibus.*

« In forza del diritto di servitù è obbligato il proprietario, riguardo al suo fondo, » a *tollerare o a non fare* qualche cosa a » vantaggio altrui. » Codice civile universale austriaco, § 472.

La clausola annessa *a vantaggio altrui* viene spiegata dalla detta legge 15. del Digesto suddetto in modo da insegnare che una servitù di *divieto*, che non riesca di utilità dell'acquirente della servitù, riesce NULLA, ossia non è operativa di verun effetto, e però nei contratti e nei giudizii deve considerarsi come non apposta. « Quotiens nec hominum » nec praediorum servitutes sunt, quia nihil » vicinorum interest, *non valet:* veluti ne per » fundum tuum eas, aut ibi consistas; et ideo » si mihi concedas jus tibi non esse fundo tuo » uti frui, nihil agitur; aliter atque si concedas mihi jus tibi non esse in fundo tuo » aquam quaerere *minuendae aquae meae* » *gratia.* »

Da questo passo si conferma di nuovo la teoria proscrivente i *puri divieti.*

zione risulta dal concetto particolare annesso alla denominazione di *acquedotto*. Questo è così vero, che il *contratto* di una presa di acqua, considerato *per sè solo*, non viene mai confuso colla *servitù* dell'acquedotto; ma egli sta per sè tutte le volte che alla presa dell'acqua non sia stata attribuita una *destinazione* speciale a servire all'utilità di un dato fondo, e che questa destinazione non sia stata *concordata* fra il concedente ed il concessionario, e ritenuta come *condizione obbligatoria* del contratto. Più ancora: secondo il Diritto romano, fino a tanto che non sia stata tracciata sul terreno del fondo serviente la via dell'acqua, non si considera mai che la servitù dell'acquedotto sia stata costituita; e però, ad onta che sia stata stipulata, non decorre mai tempo alcuno, pel quale possa essere prescritta *col non uso* (1). Tanto è vero, che secondo il concetto dei romani giureconsulti codesta servitù veniva ristretta alla *semplice condotta*, fatta astrazione dalla *presa* dell'acqua.

§ 509. Dunque anche dato che la servitù di acquedotto comprendesse eziandio atti positivi, cioè non fosse ristretta al solo non fare o tollerare, come vuole il Codice austriaco, si deve pronunciare che nel caso figurato di sopra del contratto fra Pietro e Paolo intervengono veramente due *distinti contratti*, i quali possono stare da sè. Il primo egli è quello della *presa* dell'acqua; il secondo quello della *condotta*. Ma siccome la *ragione intiera* dell'acquedotto non può esistere che col fatto intiero ed essenziale che gli dà l'essere, il quale importa la *presa*, il *capo* e la *condotta* medesima dell'acqua; così egli è manifesto che altro è la *ragione* dell'acquedotto, ed altro è la *servitù* dell'acquedotto. La prima abbraccia *tutte le parti* del fatto essenziale, ossia tutte le condizioni di fatto necessarie all'esistenza dell'acquedotto; la seconda per lo contrario abbraccia soltanto la *parte ultima* di questo fatto.

§ 510. Quali sono le conseguenze che derivano da questa premessa, circa il *modo di acquistare* la ragione dell'acquedotto? La conseguenza si è, che secondo la giurisprudenza austriaca converrebbe e conviene stipulare due *contratti* in uno, e stipularli espressamente. Il primo è il contratto della *presa* dell'acqua; allorchè non si trattasse di un'acqua naturalmente decorrente da un fondo superiore ad uno inferiore, o che non si trovasse già stabilita la via. Il secondo è il contratto della *condotta*, ossia della servitù di transito sul podere altrui. Senza questa doppia convenzione nascerebbero, come nacquero, molte perplesse questioni e liti rovinose.

---

(1) Ciò si vedrà a suo luogo, quando tratteremo della liberazione dal servigio di acquedotto.

CAPO III.

Osservazioni sul Codice Napoleone circa i limiti dell' acquedotto.

§ 511. Che cosa fu disposto dal Codice Napoleone? Se parliamo in particolare della servitù dell' acquedotto, non troviamo nulla che possa o limitare o estendere le disposizioni contemplate nel Capo antecedente. Se poi consultiamo la definizione *generale* delle *servitù prediali*, inserita nell'art. 637, e la disposizione *limitante* le servitù stabilite per fatto dell' uomo, spiegata nell' art. 686, noi rileviamo che la ragione dell' acquedotto non viene distinta dalla relativa servitù; ma può stabilirsi con un *atto solo* ed identico, e colla pienezza dei caratteri già da noi spiegati nella definizione filosofica inserita e sviluppata nella Parte antecedente, Libro III. Capo III.

§ 512. Il Codice Napoleone nel citato paragrafo 637 definisce la servitù nella seguente maniera: « La servitù è un carico imposto sopra un » fondo per l' uso e l'utilità di un fondo appartenente ad altro proprieta» rio. » Il tribuno Albisson nel suo rapporto fatto al Tribunato in nome della Sezione di legislazione nella seduta del 7 piovoso, an. 12., spiega i termini di questa definizione nella seguente maniera: « La servitù è un *onere.* Alcuni giureconsulti, anche fra i più giustamente celebrati, l'hanno definita un *diritto che assoggetta un fondo* ec., ma impropriamente. La parola *diritto* nel suo significato relativo non si può prendere che in un senso attivo, mentre la parola *servitù* annunzia solo per sè stessa qualche cosa di passivo. »

« Essa è un onere imposto sopra un fondo per l' uso e l' utilità di un fondo appartenente ad altro proprietario. Ciò racchiude tre condizioni caratteristiche della servitù riguardata come *servigio fondiario.* La prima, l'esistenza di due fondi, l'uno dei quali è affetto da servigio, e l'altro è autorizzato a riceverlo. La seconda, l' esistenza di due proprietarii differenti, l'uno padrone del fondo che rende il servigio, l'altro di quello che lo riceve; imperocchè lo stesso non può essere proprietario dei due fondi ad un solo tratto: locchè dal Diritto romano viene energicamente espresso colla breve massima: *nemini res sua servit.* La terza finalmente, la causa della servitù, cioè l' uso e l' utilità del fondo che ne gode; imperocchè un diritto, del quale questo fondo non potrebbe usare giammai, nè ritrarne veruna utilità, non solamente non sarebbe una servitù, ma eziandio sarebbe nullo » (1).

(1) « Nella maggior parte dei classici autori di Diritto (prosegue questo relatore) trovasi un'altra condizione, che il Progetto non annunzia; e questa si è quella della vicinan-

§ 513. Considerando questa definizione del Codice Napoleone, che cosa rileviamo noi? In primo luogo rileviamo non essere stato il concetto della *servitù prediale* angustiato al puro *permesso e pazienza*, ma essere a lui stata attribuita quella latitudine, la quale viene richiesta dal *fatto intiero* di un dato servizio prediale, sia che importi una semplice servitù di *divieto*, sia che importi una servitù di *tolleranza*, sia che importi una servitù di *prestazione*, sia finalmente che importi una *mescolanza* od una *connessione* di atti positivi o negativi. Certamente consultando anche il Diritto romano, noi troviamo che il concetto della *pazienza* e del *permesso* diviene concetto *ordinario*, come quello che suole più frequentemente cadere in uso; ma che questo concetto non è propriamente concetto *esclusivo*, come già avvertirono bene informati giureconsulti. Il Gottofredo annotando il passo sopra recato, nel quale Pomponio accennò che la natura delle servitù non consiste in atti positivi, soggiunge: PRINCIPALITER SCILICET. *In consequentiam tamen interdum venit, ut tu aliquid etiam facias.* E qui cita la leg. 33. *De servitutibus urbanorum praediorum.* Egli è ben vero che, secondo la comune sentenza dei giureconsulti, una servitù reale di *prestazione* non entra nel concetto di autorità positiva della servitù prediale; ma consultando la natura stessa delle cose, ed il pieno concetto della romana legislazione, risulta che, lungi che la servitù di prestazione si dovesse escludere dalla sfera delle servitù prediali, essa per lo contrario vi si dovea per la natura stessa delle cose comprendere. Questi giureconsulti non hanno sentita la forza della legge 33. delle servitù urbane, nella quale si tratta di mantenere colonne che sostenevano un edifizio del vicino, e quindi di rifarle in caso di deperimento; essi hanno riguardata questa legge come un' *eccezione*, invece di riguardarla come uno degli *aspetti* sotto dei quali potendo esistere la servitù prediale, doveva formar parte della sua definizione (1). Così nella materia dell'acquedotto taluno essendosi obbligato di mantenere una *presa* di acqua a benefizio del fondo mio, se promette di conservare nel suo canale il *capo* dell'acqua, non farà certamente cosa che *ecceda* i limiti della servitù; ma per lo contrario prometterà cosa, *senza*

za dei due fondi. Ma questa condizione non è talmente essenziale da rendersi indispensabile in una buona definizione; e coloro stessi che l'annunziano, in qualche guisa convengono in questo sentimento, allorchè avvertono di non confondere qui la *vicinanza* colla *contiguità*. Diffatti egli è certo che una servitù può esistere fra due fondi separati da un altro fondo intermediario. I libri del Diritto romano ne somministrano diversi esempi. » *Code civil des Français suivi de l'exposé des motifs.* Paris chez Firmin Didot, an. 12., 1804, tom. IV. pag. 127.

(1) Veggasi il Voet *ad Pandectas*, Lib. VIII. tit. *De servitutibus urban. praed.*

della quale esistere non può la servitù medesima. Così, per esempio, suppongasi un canale sinuoso, nel quale l'impulso dell' acqua venga fatto alla bocca che guida l'acqua sul mio fondo. Egli è certo che, cessando questo impellente che mantiene il pelo dell' acqua al di sopra del livello del fondo mio, io rimarrei privato del beneficio accordatomi. Ora se il concedente si obbligasse a mantenere l'impellente dell' acqua nel modo necessario al deflusso dell'acqua sul fondo mio, prometterebbe forse qualche cosa di eccedente i limiti della servitù prediale?

§ 514. Altro è che la legge *provvegga* ai casi ordinarii, e che *quod raro accidit, legislatores praetereant;* ed altro è dare la *definizione* di un dato diritto o di altro ente morale. Le *regole* possono essere utili, benchè non abbraccino tutti i casi; le *definizioni* per lo contrario non sono vere, se non abbracciano tutta la sfera degli oggetti competenti. Questi oggetti nel caso nostro sono determinati dal *fatto essenziale* dell'acquedotto. Dunque l'unica vera definizione riescirà quella che annunzierà questi oggetti essenziali. Ma così è, che fra questi oggetti possono accadere anche atti *positivi*, oltre il semplice *permesso* e la *pazienza*, come si vedrà più sotto. Dunque in linea di definizione la limitazione alla semplice *pazienza* e *permesso* è assolutamente viziosa. Dunque saviamente il Codice Napoleone si astenne da questa viziosa dicotomia, e lasciò alla natura delle cose il restringere od ampliare il concetto di un servigio prediale o fondiario.

§ 515. Ora esaminiamo i limiti delle servitù stabilite *per fatto dell'uomo*, delle quali appunto parla l'articolo 686. « È permesso (dice » quest'articolo) ai proprietarii di stabilire sopra i loro fondi, ed a be» neficio di essi, quelle servitù che sembrassero loro opportune; purchè » le servitù stabilite non sieno imposte nè alla persona, nè a beneficio » della persona, ma solamente ad un fondo e ad uso di un fondo, e pur» chè tali servitù non siano in alcun modo contrarie all'ordine pubblico. »

« Il *titolo* (1) che costituisce le dette servitù ne regola l'esercizio e » l'estensione; mancando il titolo, hanno luogo le seguenti disposizioni. »

§ 516. Posto questo testo, che cosa rileviamo noi? Rileviamo che nelle servitù indotte per fatto dell' uomo, vale a dire per disposizione volontaria di un padrone, per reciproco consenso delle parti, la natura e l'estensione della servitù viene determinata dall'atto intiero consensuale. Il titolo, di cui parla il testo, corrisponde a questa idea. Si conferma dun-

(1) Qui si doveva tradurre *l'atto col quale si costituisce la detta servitù,* invece di dire *il titolo*. La voce *titre* francese comprende sì l'atto che il documento relativo. Il *justus titulus* legale, a cui corrisponde l'italiano *titolo,* non esprime il senso francese.

que, che giusta il Codice Napoleone la servitù prediale non è angustiata alla semplice *tolleranza* o *permesso*, ma abbraccia nel suo concetto tutte quelle condizioni di fatto, senza delle quali non potrebbe esistere l'inteso servigio prediale.

CAPO IV.

Della consistenza reale della servitù di acquedotto, secondo le diverse legislazioni, onde determinare le clausole dell' acquisizione.

§ 517. Dico *servigio prediale*, per indicare la estrinseca *limitazione* fatta dallo stesso Codice tanto nel definire la *servitù reale* in generale, quanto nell'autorizzare le servitù indotte per fatto dell'uomo. Sì nell'uno che nell'altro aspetto il Codice Napoleone ha rigettate come nulle ed illecite quelle servitù, nelle quali si trattasse di vincolare l'opera dell'uomo, sia nella persona del concedente, sia nella persona dei possessori aventi causa da lui, a prestare qualche servigio personale risguardante un servigio fondiario. Spieghiamoci con un esempio. Pietro concede a Paolo il diritto di cavar pietre nel suo fondo ad utilità d'un fondo di Paolo. Fin qui non vi ha nulla che osti al disposto dalla legge. Ma fingiamo che si aggiunga che Pietro *farà condurre in perpetuo* al fondo di Paolo le pietre cavate, e che quest'onere passerà a tutti i possessori della cava di Pietro. Dico che questa obbligazione accessoria secondo il Codice Napoleone è nulla, attesochè impone alla persona di Pietro, e di tutti i possessori aventi causa da lui, un onere personale vincolato al possesso del fondo serviente. Quest'onere rassomiglia perfettamente alle giornate di lavoro, ossia alle angherie e perangherie feudali, e non differisce in altro, che pel titolo col quale furono imposte. Qui la servitù diventa *personale*, non per la sua *inerenza*, ma per la sua *consistenza*. Le servitù di personale consistenza sono del tutto proibite, secondo il Codice Napoleone, come erano del pari incognite al Diritto romano, secondo quello che già osservò il celebre Voet.

§ 518. Io non abbisogno più di spiegare in che consista la differenza fra la servitù di *consistenza* reale o personale, e la servitù d'*inerenza* pure reale o personale. Ciò fu spiegato di sopra abbondantemente; talchè non mi resta altro ad osservare, fuorchè, secondo il Codice Napoleone, sono bensì permesse le servitù di *inerenza* personale, ma sono vietate quelle di *consistenza* personale. L'oratore del Governo, Berlier, nella seduta del 28 nevoso, anno 12., esponendo al Corpo legislativo i motivi della legge relativa alle servitù o ai servigii fondiarii (*services foncières*), alludendo al primo articolo da noi già sopra riportato, si esprime come segue: « Qui non si tratta punto di quelle preminenze di un fondo

» sull'altro, che nacquero di già nel regime per sempre abolito dei feudi. » Non si tratta nemmeno di servigi imposti alla persona ed in favore di » una persona, ma solamente ad un fondo e per un fondo (1). » È noto che sotto il regime feudale si distinguevano le terre nobili e le plebee, e quindi alle prime ed ai loro possessori erano annessi certi privilegi incompatibili col buon Diritto e colla buona civile economia. Queste distinzioni e queste differenze di diritti conseguenti furono già abolite, ed il Codice Napoleone coll'art. 638 non solamente confermò quest'abolizione, ma impedì e proibì per sempre la facoltà di far sorgere sì una preminenza fra i possessi stabili, che una schiavitù di opera a riguardo dei medesimi. « L'article suivant achève la définition de la servitude en prévé» nant toute arrière pensée qui pourrait se porter sur cette désastreuse hié» rarchie foncière qui a déshonoré la législation française jusq' à la nuit » mémorable du 4 août 1789. » *La servitude, y est dit, n'établit aucune préeminence d'un héritage sur l'autre*, dice il tribuno Albisson nel suo rapporto già sopra citato. A questo finalmente concorda il Discorso pronunciato al Corpo legislativo dal tribuno Gillet, uno degli oratori incaricati di presentare il voto del Tribuno sulla legge relativa alle servitù, ossia ai servigi fondiarii, nella seduta del 10 piovoso, an. 12. Egli, alludendo all'art. 638 del Codice Napoleone, si esprime come segue: « Ciò che diminuisce di molto la vastità della materia si è la soppressione » di codesta massa mostruosa della feudalità, dalla quale un tempo essa » si trovava sopraccaricata. Che cosa era diffatti il regime feudale, fuor» chè l'arte di ridurre la proprietà fondiaria ad un istromento di schia» vitù? Per la qual cosa leggonsi presso gli antichi giureconsulti vaste » Dissertazioni per dimostrare che i doveri feudali formavano parte delle » servitù. Il Progetto ha voluto che i servigi fondiarii non potessero dive» nire giammai occasione onde riprodurre queste idee proscritte; ed è ap» punto ciò che ha dettato nell'art. 638 la disposizione formale, che la » servitù non istabilisce alcuna preminenza di un fondo sull'altro » (2).

§ 519. Da tutte queste considerazioni risulta, che secondo il Codice Napoleone niuna servitù prediale può essere di *consistenza personale*, ma solamente di *consistenza reale*, e che ogni convenzione contraria sarebbe per sè nulla e proibita. *Esclusiva* è dunque la qualificazione di *consistenza reale* attribuita dal detto Codice ai servigi fondiarii.

Che cosa fu disposto dal Codice austriaco? Dopo il § 472 succitato, nel quale offrì l'idea del diritto di servitù, prosegue col § 473 a segnare

(1) *Exposé des motifs*, tom. IV. pag. 113. Parigi presso Didot, 1804.
(2) Detti motivi, pag. 142, tom. IV. suddetto.

la divisione delle servitù in *prediali* e *personali.* Eccone le parole. « Se il diritto di servitù è congiunto col possesso di un fondo per più comodo e vantaggioso uso di esso, si ha una servitù prediale; in diverso caso la servitù è personale. » Poi nel § 479 soggiunge: « Può anche avvenire che le servitù per sè stesse prediali siano concedute alla sola persona, o che le concessioni, le quali hanno il carattere ordinario delle servitù, siano soltanto precarie. Simili eccezioni non si presumono dall'indole della servitù, ma debbono provarsi da chi le pretende. »

§ 520. Posti questi paragrafi, più cose convien ricercare. La prima si è, che cosa intenda questo Codice sotto il nome di *servitù personale.* Egli spiega questo senso col § 478, di cui ecco le parole. « Le servitù » personali consistono nel necessario uso di una cosa, nell'usufrutto e nel- » l'abitazione. » Da questa spiegazione si rileva che la qualificazione di *servitù personale* viene qui assunta nel senso ricevuto dal Diritto comune, e significa propriamente la servitù di una cosa alla persona, e non di una persona verso di altra persona, o verso di un fondo incognito al Diritto romano.

La seconda si è, se i servigi personali, vietati dal Codice Napoleone, si debbano intendere proscritti anche dal Codice austriaco. A questa quistione taluno potrebbe rispondere affermativamente per una induzione dai paragrafi 16 e 17, di cui ecco le parole. « § 16. Ogni uomo ha dei diritti innati, che si conoscono colla sola ragione; perciò egli è da considerarsi come una persona. La schiavitù o proprietà sull'uomo, e l'esercizio della potestà ad essa relativa, non sono tollerati in questi Stati. — § 17. Tutto ciò ch'è conforme agl'innati diritti naturali si avrà per sussistente sino a tanto che non venga provata una legale restrizione di questi diritti. » Un commentatore autorevole (perchè formò parte della Commissione legislatrice), spiegando il primo paragrafo *delle servitù,* non decide apertamente la questione, ma si spiega solamente nella seguente maniera. « La servitù è opposta alla libertà o indipendenza del volere privato, e consiste generalmente in una limitazione della libertà. Se essa ha per oggetto la libertà personale, obbligando alcuno a dirigere le sue azioni secondo l'arbitrio ed il vantaggio di un altro, essa è una servitù della persona (*schiavitù, servitù* propriamente detta), ed appartiene ai diritti delle persone (§ 16); ma se ha per oggetto una cosa, dalla quale il proprietario non può escludere un altro, o non può disporne liberamente, appartiene ai diritti reali. Noi parliamo solamente di questa ultima servitù (1). » Da

(1) Zeiller, *Commentario sopra il Codice civile universale austriaco,* al § 472, pag. 236, vol. II. Venezia, tipografia Picotti, 1815.

questo commentario altro non risulta, se non che la *servitù prediale* è bensì di *consistenza reale;* ma non risulta punto essere stata proibita la *convenzione accessoria* di un servigio personale simile a quelli ch'erano o sono proprii del regime feudale, l'abolizione del quale non solo non fu mai pronunciata nell'austriaca Monarchia, ma fu anzi espressamente sanzionata nell'ultimo Codice civile universale col § 359. Esaminando poi il § 1122, nel quale si autorizzano questi personali servigi feudali; ed il § 479, nel quale contemplandosi le prediali servitù, si dichiara che il senso del *permesso* e della *pazienza*, se è quello che legalmente viene solo inteso, ciò non ostante non esclude altri sensi, purchè se ne faccia constare; si deve concludere che in fatto di servitù prediale, se la giunta di un *servigio personale* non si deve presumere, ciò non ostante, allorchè se ne facesse constare con *atto positivo*, esso si dovrebbe sostenere come valido ed obbligatorio.

§ 521. Venendo adunque all'argomento dell'acquedotto, e fingendo una convenzione espressa, nella quale il concedente si fosse obbligato ad un servigio personale, come per esempio di aprire le bocche, di purgare il rivo, di vegliare alla direzione, o prestare altri simili ufficii proprii dei custodi delle acque, questa convenzione non solo propria del concedente, ma trasmissibile a tutti i possessori del fondo serviente, si dovrebbe, secondo il Codice Napoleone, considerare come non apposta; e viceversa, secondo il Codice austriaco, si dovrebbe sostenere come valida, semprechè ne constasse formalmente. Concludiamo adunque, che secondo il Codice Napoleone la servitù di acquedotto non può essere fuorchè di *consistenza reale*, e che secondo il Codice austriaco, per presunzione di legge, si deve pure considerare di sola *consistenza reale;* ma che per espressa convenzione può divenire anche di *consistenza personale*(1). Passando quindi ai *modi* dell'acquisizione di questa servitù, fondati sull'autorità delle leggi, si deve stabilire non potersi o non aversi potuto, secondo il Codice Napoleone, aggiungere nessun servigio personale alla servitù di acquedotto. Secondo il Codice austriaco poi, allorchè si pretenda aggiungerlo, doversi ciò fare per *atto espresso;* senza di che questo ser-

(1) Che i *servigi personali* annessi *in perpetuo* al possesso di un fondo non sieno aboliti, ma che secondo il Codice austriaco siano formalmente approvati, lo veggiamo dal paragrafo 1122 del Codice civile universale. Ivi le giornate di lavoro, conosciute sotto il regime feudale, si possono stabilire nei livelli, nei censi riservativi, e nei fitti perpetui. Ecco le parole della legge. «Il contratto col quale si dà ad alcuno *a titolo ereditario* la proprietà *utile* di un fondo, sotto condizione che debba compensare gli utili annui con una retribuzione proporzionata alla rendita, e consistente in denaro, in frutti, *od anche in servigi* convenienti, si chiama *contratto di locazione e conduzione ereditaria.*»

vigio personale non potrà giammai venire sottinteso o presunto dalla legge medesima, e quindi non si potrà intendere giammai essere stato acquistato il diritto ad esigerlo. Dunque nell'atto di *acquisizione* si dovrà fare espressa menzione di questo servigio accessorio personale.

CAPO V.

Del modo necessario onde stabilire l'inerenza reale sì della servitù dell'acquedotto, che d'una dispensa di acqua.

§ 522. In qual modo distinguete voi, giusta il prescritto dalle leggi positive, la servitù di *inerenza reale* dalla servitù di *inerenza personale* dell'acquedotto? Forse da un canale tracciato, e da un'acqua defluente sul fondo d'un possessore a vantaggio del fondo di un altro? No certamente; ma bensì dal *sussistere* o *non sussistere* la facoltà di condur l'acqua, finchè sussista un fondo dominante ed un fondo serviente. Allorchè diffatti la servitù cessa col cessare o della persona, o di una data posizione della persona, la servitù non è più d'*inerenza reale*, ma d'*inerenza personale* (1). Tutte le legislazioni sono d'accordo su questo punto.

Qual'è la conseguenza di questa osservazione? Che l'*inerenza* non è cosa *fisica*, ma tutta *morale*, o, come dicono i dottori, non è *corporale*, ma *incorporale*. Effettuata diffatti una condotta di un'acqua, se essa può essere tanto d'*inerenza reale*, quanto *personale*, egli è per sè manifesto che sì l'una che l'altra *qualità* non è nè può essere *fisica*, ma è bensì tutta *morale*.

§ 523. Ora si domanda per quali *modi* si possa creare questa morale qualità? Per rispondere a tale domanda io osservo preliminarmente, che noi parliamo dell'acquedotto *privato*, e però parliamo d'una di quelle servitù che diconsi stabilite *per fatto dell'uomo*, ossia in forza dell'autorità privata di due possessori di fondi indipendenti; in breve, noi parliamo di una privata servitù *consensuale*. Da questo dato ne viene tosto la conseguenza, che l'*inerenza reale* dell'acquedotto deve essere stabilita per *reciproco consenso* dei padroni del fondo dominante e del serviente. Ora si domanda IN QUALE MANIERA con siffatto consenso crear si possa questo ente morale, che appellasi *inerenza della servitù*.

§ 524. A fine di soddisfare in una maniera chiara e convincente a questa domanda, procediamo per via di graduali esempi. Pietro domanda a Paolo una data quantità di acqua per irrigare i suoi fondi, senza

(1) Vedi la Parte antecedente, Lib. III. Capo VIII.

che Paolo presti altro che l'acqua, e però senza che presti il fondo, sul quale scavare il rivo, e pel quale passar debba l'acqua. In breve, Paolo non presta che l' acqua sola in una data quantità. Si domanda se Pietro, avendo espresso di comprar l'acqua da Paolo per irrigare i suoi fondi, abbia acquistato la servitù di *reale inerenza* dell'acquedotto, nel senso inteso dalle leggi positive. Giusta questa specie di fatto, ogni mediocre giureconsulto concluderà non essere stata contratta una servitù d'*inerenza reale* dell'acquedotto, ma invece essere stata concordata una semplice *presa* dell'acqua di Paolo, senz'altra obbligatoria relazione. Imperocchè mancando la stipulazione della via dell'acqua, e mancando per conseguenza il fondo sul quale si debba stabilire il rivo, e a traverso del quale eseguire la condotta dell'acqua, manca per ciò stesso il precipuo ed essenziale elemento della servitù dell'acquedotto.

Nè vale il dire che Pietro abbia manifestato di voler usare di detta acqua per l'irrigazione de' suoi fondi. Questa destinazione altro non manifesta che l'intenzione avuta da Pietro, e diviene per conseguenza una enunziativa puramente storica, e mai una clausola obbligatoria, colla quale s'indica una servitù di acquedotto. Il contratto fra Pietro e Paolo è consumato tutte le volte che Paolo presta la quantità concordata dell'acqua, senza che l'uso o la direzione della medesima intervenga per nulla a limitare o a dirigere il dominio o il destino dell'acqua di Paolo.

§ 525. Contro questa decisione forse taluno obbietterà, che se l'acqua fosse stata conceduta in perpetuo a Pietro, questa perpetuità dovrebbe cessare colla morte di Pietro, perchè non contrasse una servitù d'*inerenza reale*. Diffatti ridotta l'inerenza ad essere personale, ella cessa colla morte della persona, alla esistenza della quale fu annessa la durata della servitù.

§ 526. A questa obbiezione io rispondo: che altro è una *ragione di acqua*, ed altro è una *ragione di servitù di acquedotto*. Il contratto della *dispensa* di un'acqua può essere perpetuo, in quanto è trasmissibile agli aventi causa dall'acquirente, senza che questa durata costituisca una servitù d'*inerenza reale*. Questo contratto rassomiglia a tutte le convenzioni che riguardano le prestazioni perpetue, simili a quelle dei livelli o dei censi riservativi. Ma niuno sognò mai di porre queste prestazioni nel novero delle prediali servitù. Dunque può bensì sussistere la perpetuità di una ragione di acqua, senza che si verifichi la perpetuità di una servitù d'acquedotto. Ogni successore avente causa dall'acquirente subentra in luogo di lui per ottenere la prestazione concordata nel contratto di dispensa; ma questa successione non può alterare la natura

originaria del contratto, il quale non presentando i requisiti essenziali della servitù voluti dalle leggi, non può per conseguenza mutarne la natura in forza del semplice trapasso dall'uno all'altro possessore.

Se dunque piacesse annoverare il contratto della presa di un'acqua fra le servitù, essa meriterebbe almeno un nome speciale, nè potrebbe mai ricevere quello di *servitù di acquedotto*, intesa dalla comune giurisprudenza. Niuna legislazione si opporrebbe a qualificare per servitù propria quella della presa di un'acqua obbligata come nel contratto figurato; e però la presa di un'acqua, sia perpetua, sia temporanea, ma trasmissibile a successori, si potrebbe intitolare col nome di *servitù di dispensa* o *di presa d'acqua*, distinta dalla precisa *servitù di acquedotto.*

§ 527. Ho detto che niuna legislazione si oppone a questo stabilimento. Diffatti se esaminiamo l'art. 686 del Codice Napoleone sopra recato, egli ha lasciato al fatto dell'uomo d'instituire tutte le specie possibili di servitù, e però non si è limitato nè al catalogo delle servitù annoverate dai Romani, nè al catalogo segnato dal Codice austriaco. Anzi colla espressa disposizione del surriferito art. 686 ha autorizzato ogni stabilimento analogo agl'interessi dei contraenti, qualunque sia la specie e qualunque sia la forma del servigio che si può rendere ai fondi, ossia alle proprietà stabili. Parlando poi del Diritto romano e del Codice austriaco, non si trova alcuna disposizione tassativa, colla quale la legge dichiari di non riconoscere come obbligatorie e trasmissibili *altre servitù*, fuor quelle che furono specificate. In niuna parte troviamo questa disposizione esclusiva, e però nulla osta che la servitù della *dispensa* o della *presa* di un'acqua non si possa annoverare nel catalogo dei *servigi fondiarii*, e trattare colle massime generali delle servitù prediali.

§ 528. Ma per non deviare dall'argomento preciso dell'obbiezione, conviene distinguere due questioni. La prima è, se *col contratto figurato* di sopra si *stabilisca* una servitù di acquedotto, o no; e però se si stabilisca l'inerenza reale di codesta servitù. La seconda questione poi è, se, *data* non la servitù di acquedotto, ma la sola servitù di dispensa e di presa dell'acqua, questa servitù possa essere d'*inerenza reale*, e se diffatti nel contratto figurato ella riesca tale. La prima questione versa sul *carattere proprio* della servitù concordata; la seconda poi versa sull'*inerenza reale* o *personale* della figurata servitù. Certamente se la servitù contratta non fosse servitù di acquedotto, sarebbe inutile cercare se la sua inerenza sia reale o personale; imperocchè qui l'oggetto sarebbe totalmente cangiato. Ora nel caso nostro consta appunto che nell'esempio figurato non fu contratta una servitù di acquedotto, ma di semplice

dispensa e presa dell'acqua: dunque siamo fuori dei termini della questione, ossia qui si tratta di un altro oggetto essenzialmente diverso dalla servitù di acquedotto. L'obbiezione adunque, fondata sulla possibilità di rendere perpetua l'obbligazione della prestazione dell'acqua, non controverte la nostra tesi, nella quale fu asserito che qui non si tratta di una servitù di acquedotto, ma bensì d'un'altra specie di servitù, che io appello *di dispensa* e *di presa d'un' acqua*. Dunque l'indagine proposta da principio rimane ancora intatta; vale a dire rimane sempre la necessità di determinare in che consista, ossia meglio come possa venire stabilita questa reale inerenza, sia che si tratti della servitù di acquedotto, sia che si tratti della servitù di dispensa e di presa d'un'acqua. Se io insisto espressamente nel far risaltare i caratteri diversi di queste due servitù, ciò conviene per due massimi motivi. Il primo è, che nei paesi abbondanti di acque, e nei quali si sono fatte opere grandiose, come nel Milanese, il contratto di dispensa, variato in mille modi, si celebra ogni giorno assai più che quello della servitù di acquedotto. Anzi la cosa è tale, che la massima parte delle questioni versa piuttosto sulla servitù di dispensa o di presa delle acque, che sopra la servitù di acquedotto, strettamente presa e contemplata dalle leggi positive. Il secondo motivo poi è, che il Pecchio non ha convenientemente distinto queste due specie di cose tanto diverse fra loro, ma ha posto tutto in un fascio; dimodochè nell'atto che avrebbe dovuto stabilire due grandiosi e separati rami di dottrina, tutto apparisce avvolto in un ammasso, nel quale confondendosi i rapporti essenziali, s'imbrogliano anche le dottrine, e s'intralciano le convenienti applicazioni delle leggi. Se dovessimo dar retta alle insinuazioni del Pecchio, parrebbe che una presa d'acqua non potesse giammai divenire perpetua senza le condizioni della servitù dell'acquedotto; ma all'opposto che venendo rilegata fra le servitù personali, dovesse cessare col mancare della persona alla quale fu conceduta.

§ 529. Ora torniamo al primo nostro proposito. Noi ci proponemmo d'indagare *per quali modi s'induca l'inerenza reale* della servitù di acquedotto. Dopo le cose fin qui discorse, possiamo aggiungere eziandio per qual modo s'induca l'*inerenza reale* della servitù di una presa o di una dispensa d'un'acqua. Posto che ciò deve risultare da un comune consenso, e posto che si tratta di un oggetto puramente morale, egli è manifesto = 1.° Che l'acquirente della presa o della via dell'acqua deve per un atto della sua volontà fissare la *destinazione*, sia dell'acqua, sia della direzione della medesima. 2.° Fissata questa direzione, egli deve *esprimerla e farla accettare* al concedente dell'acqua, o del fondo sul

quale si deve tracciare la via dell'acqua. = Con questa proposta ed accettazione la destinazione dell'acquirente diviene legge del contratto, e però obbliga il concedente dell'acqua o del fondo attraversato a rendere l'acqua o il fondo medesimo *ligii* al fondo dell'acquirente, a favore del quale fu destinata l'acqua o presa o condotta. Con questa complessa operazione si stabilisce la vera *inerenza reale* del servigio acquistato. Dunque gli elementi di questa operazione consensuale formano il *modo* col quale si può appunto indurre tale inerenza. La *destinazione* adunque *dell'acquirente accettata e concordata dal concedente*, ecco il perno massimo sul quale s'aggirano tutti i modi possibili coi quali si può e si deve stabilire l'*inerenza reale* o *prediale*, sia della presa o dispensa delle acque, sia della condotta delle medesime.

§ 530. Nell'esempio sovra proposto si verificano forse tutti questi estremi? Non mai. Ivi esiste una semplice enunziativa dell'intenzione di Pietro, senza che dalla parte di Paolo venga accettata e concordata come condizione del contratto. Allora cessa il vincolo di connessione fra la dispensa accordata da Paolo, ed il fondo al quale l'acqua medesima dovrebbe essere ligia. È vero che se la dispensa fosse stata accordata in perpetuo, tutti i successori aventi causa da Pietro potrebbero subentrare nelle di lui ragioni; ma in questo caso si verificherebbe quello che si verifica sempre in tutte le rendite perpetue, le quali vengono cedute da persona a persona, senza che sia affetto verun fondo particolare per parte dell'acquirente. Allora la presa dell'acqua riveste il nome di semplice *ragione di un'acqua*, la quale riesce commerciabile come qualunque altra rendita fondiaria.

§ 531. Tutto ciò riguarda soltanto i rapporti fra il concedente ed il concessionario, e non gli altri rapporti che possono stabilirsi fra i successori del concessionario medesimo. Quanto a questi, la destinazione dell'acquirente può indurre fra i fondi suoi una rispettiva servitù di *inerenza reale*, senza che questa qualità affetti l'acqua di Pietro o i beni di lui. Può dunque darsi il caso che nello stesso atto una ragione di acqua comparisca sotto un dato rapporto coi caratteri d'una rendita, e sotto un altro rapporto coi caratteri di una prediale servitù. Le cose che si diranno più sotto porranno vie più in chiaro questo nostro modo di vedere. Qui non ci dobbiamo occupare che dei principii eminenti e direttivi specialmente di ragione positiva, per determinare i modi dell'acquisizione della ragione dell'acquedotto.

CAPO VI.

Esame di un testo del Diritto romano in relazione alle cose discorse nel Capo antecedente. Osservazione sul Pecchio.

§ 532. Nella leg. 37 del Dig. *De servitutibus praediorum rusticorum* si propone il seguente caso. « Lucius Titius Gaio Seio fratri salutem » plurimam. De aqua fluente in fonte, quem pater meus in istmo instru- » xit, do concedoque tibi gratuito digitum, sive ad domum quam in istmo » tenes, sive quocumque tandem volueris. Quaero an hac scriptura usus » aquae etiam ad haeredes Gaii Seii pertineat. Paulus respondit: usum » aquae personalem ad haeredem Seii quasi usuarii transmitti non opor- » tere. »

Prima di domandare se il diritto di Sejo sia o no trasmissibile a' suoi successori, io domando quale ne sia l'*oggetto*. Si tratta forse qui di una concessione d'una *servitù di acquedotto?* Dell'acqua della fonte che mio padre costrusse nell'istmo io ti do gratuitamente un digito, dice il testo. Fin qui non v' ha nulla che caratterizzi l'acquedotto. Ma aggiunge: *sive ad domum quam in istmo tenes, sive quocumque tandem volueris.* Con questa giunta intese forse Lucio di costituire una servitù di acquedotto? Dov'è il fondo di Lucio assegnato a sopportare la servitù del condotto? La casa e i fondi qui nominati non sono di Lucio concedente o donante il digito d'acqua, ma bensì o la casa o altri luoghi di Sejo acquirente e donatario di quest'acqua. Orsù dunque, come qualificheremo noi l'oggetto di questa concessione? Leggete il testo, e vedrete ch'egli non lo qualifica come *acquedotto*, ma come semplice *uso* dell'acqua di Lucio. *Quaero an hac scriptura* USUS AQUAE *etiam ad haeredes Gaii Seii pertineat.* Badate bene: non dice *quaero an ductus aquae*, ma bensì *an usus aquae.* E per togliere ogni dubbio su questa qualificazione leggasi la risposta: *Paulus respondit:* USUM AQUAE *ad haeredem Seii quasi* usuarii *transmitti non oportere.* Quest'*uso* a che si riduce? Alla *presa* di un digito d'acqua.

Proseguiamo. Se Lucio avesse detto a Sejo: *do tibi haeredibusque tuis* ec., vi sarebbe più dubbio che fosse stato trasmissibile? È chiaro che no. Più ancora, io domando in questo caso: se Sejo durante la sua vita e gli eredi di lui aveano diritto di prendere un dito d'acqua, è vero o no che con questa prestazione la fonte di Lucio avrebbe contratto un *servigio* o temporaneo o perpetuo a beneficio di Sejo e de' suoi successori? Da questo testo è chiaro che nelle leggi romane distinguevasi l'*uso*

semplice o la *presa* di un'acqua dalla *condotta* di un'acqua. Più ancora da altri testi distinguesi il *jus aquae* dal *jus aquaeductus*. Un esempio lo abbiamo recato nel Libro III. della Parte antecedente. Esaminando poi le disposizioni di Diritto, veggiamo che i servigi convenzionali sono sempre determinati dal consenso. Io ne potrei citare molti esempii; ma per ora mi limito ai suaccennati.

§ 533. Al proposito del testo qui trascritto il Pecchio propone la questione, «se la concessione o il jus di *condurre* un' acqua per un fondo » da individuarsi debba dirsi *reale* o *personale*. » *An concessio vel jus* ducendi aquam *pro fundo certificando dicatur* realis *vel* personalis. *Ad interpretationem legis Lucius* 37. Dig. *De servitutibus rusticorum praediorum*. Ma con qual proposito può il Pecchio ricavare l'ispezione da lui proposta? Forse che dal testo suddetto sorge tale quistione? Io concedo che ad *esempio* di questa legge si poteva decidere non essere il jus trasmissibile agli eredi non nominati d'una servitù, nella quale si contempli la *sola* persona; ma non so come in via d'*interpretazione* si possa proporre una questione di jus d'*acquedotto* in un caso nel quale non si tratta nè punto nè poco di acquedotto, ma del solo jus d'una *presa di acqua*. Se la condotta non si può fare senz'acqua, egli è del pari vero che non si può fare colla *sola presa* dell'acqua. Il Pecchio medesimo al Cap. IX. Quest. 34, colla scorta della legge 19. Dig. *Quemadmodum servitutes amittantur*, ci avverte ch'esigesi il rivo ed il fondo che lo sostiene; e in ultima analisi la servitù di acquedotto si concentra in questo carico imposto al fondo suddetto. Al proposito dunque del testo recato la questione competente era, se il jus di una presa d'acqua possa essere d'inerenza sì *personale* che *reale*. La risposta che ne sarebbe risultata si era, doversi pronunziare *reale*, allorquando fu resa ligia ad un fondo dell'acquirente; *personale*, allorchè non fu data in dote al fondo medesimo.

§ 534. Qui non finisce ancora la cosa. Dato per ipotesi che l'*uso* dell'acqua fosse stato accordato anche agli eredi di Sejo, non è egli vero che sarebbe stato trasmissibile agli eredi di Sejo, senza che il fondo dominante fosse individuato? Paolo ha forse deciso che l'uso dell'acqua non sia passato all'erede di Sejo, perchè il fondo non fu individuato? Chi ha detto al Pecchio che Lucio non sia stato mosso dalle parole, dalla concessione gratuita, e dall'affezione fraterna? Se Lucio avesse detto: *do tibi haeredibusque tuis*, quantunque il fondo non fosse, come non fu, individuato, è vero o no che l'uso dell'acqua sarebbe stato trasmissibile agli eredi? Viceversa, se Lucio avesse affetto quest'uso ad un dato

fondo di Sejo, ma nello stesso tempo avesse aggiunto la clausola *finchè sarà posseduto da te*, è vero o no ch' egli l' avrebbe reso di *durata personale?*

§ 535. Qual' è la conseguenza di diritto che nasce da tutto questo? Che il servigio prediale viene definito dal solo consenso; e però, quando è fatto colla mira *concordata* e *nuda* di dotare un fondo, il servigio considerasi perpetuo, perchè la *perpetuità* contemplata dai contraenti viene *indotta* o, a dir meglio, *espressa* dal carattere stabile del fondo cui vuolsi rendere più utile. Da questa espressione si deduce la destinazione prediale *perpetua*. Questa deduzione nasce dall' idea stessa delle cose, e dal modo comune di pensare. Ma questa induzione è più presuntiva, che dimostrativa; imperocchè dura finchè non si hanno indizii d' una volontà escludente la perpetuità. Allorchè esistono questi indizii, malgrado la consistenza tutta *prediale* del servigio, esso viene limitato e quanto alle forme e quanto alla *durata*. Inesatta è dunque la distinzione in *reale* e *personale*, allorchè parlasi della *durata*; ma si deve dire o *perpetua* o *temporanea*. Qui poi conviene distinguere le condizioni e i limiti della *temporaneità*, secondo i diversi casi dai quali i contraenti vollero che la durata dipendesse.

CAPO VII.

Concetto proprio dell' imposizione della servitù.

§ 536. L'INERENZA REALE, della quale abbiamo parlato, in sostanza non è altro, che la DESTINAZIONE PERPETUA di un dato servigio. Chiamandola col nome d' *inerenza* noi usiamo un modo *figurato*, col quale diamo corpo al servigio, e lo incateniamo ad un dato fondo, o lo imprimiamo sulla faccia del medesimo, a guisa d' una divisa che debba seguirlo da per tutto. Ma se le servitù sono per comune consenso riguardate quali cose *incorporali;* se *neque ex bonis neque extra bona sunt*, come disse il giureconsulto Paolo (1); perchè mai non assumeremo noi l' *inerenza prediale* come un modo *figurato* di dire? E se è figurato, perchè mai non viene mostrato il senso proprio di lui? e perchè mai sur una metafora si fabbricano teorie, e con sole metafore si decide del *mio* e del *tuo?* Tutta la nostra giurisprudenza è piena zeppa di questi modi figurati, i quali quanto sono utili per presentare alla volgare fantasia un concetto metaforico degli enti morali impiegati in giurisprudenza, altrettanto sono pestiferi se non vengono deciferati e valutati esattamente nella esposizione

(1) Leg. 1. Digest. *De usu et usufructu legato.*

delle teorie. Coll'impiegare sempre questi spettri senza mostrare ciò che vi sta sotto, col parlar sempre alla fantasia senza mai parlare alla ragione, che cosa facciam noi? Noi alleviamo un bestiame forense, il quale nell'atto che vive in perpetuo divorzio da ogni vera e dimostrata giuridica disciplina, empie tutta la giurisprudenza di questioni mostruose; introduce, accredita e radica le corruttele, e finisce per flagellar le famiglie con decisioni dettate dall'ignoranza e dalle passioni. Un buon DIZIONARIO, nel quale venissero raccolti tutti questi modi figurati, e fossero tradotti nel loro senso diretto filosofico e preciso; scelti ELEMENTI, nei quali buone definizioni, buone divisioni e buone regole presentassero un primitivo tessuto, ordinato, connesso, armonico, e capace a formare un solo tutto colla civile economia e colla scienza del Diritto naturale circostanziato e piegevole alle diverse vicende della vita civile: ecco, a mio parere, i primi ajuti per redimere la civile giurisprudenza dalla schiavitù dei sensi e dal torbido della fantasia, ed elevarla dallo stato suo puerile a quello stato di matura ragionevolezza, al quale dopo i secoli della barbarie non pervenne ancora.

Questo servigio riesce tanto più indispensabile, quanto più è vero che i legislatori, essendo costretti ad adattarsi alla volgare intelligenza, si trovano obbligati ad usare modi figurati, acconci soltanto a far intendere la loro volontà. Ufficio delle leggi è comandare, e non disputare o far catechismi.

Per la qual cosa si può dire che il primario ed essenziale ufficio della teorica giurisprudenza positiva riducesi al sopraddetto; talchè lungi dal vietar glosse e commenti, come fece Giustiniano, si deve anzi convalidare la scienza colle forme *proprie* e colle connessioni naturali, le quali non poterono essere insegnate dal legislatore.

Tutte queste cose vengono qui avvertite per dar ragione di ciò che ho praticato e che praticherò, e per far sentire che la *diversità*, sia delle mie definizioni, sia degli aspetti da me presentati colle definizioni e cogli aspetti delle leggi, non è reale, ma puramente *apparente*; nell'atto pure che la credo assolutamente indispensabile alla dottrina.

§ 537. Ripigliamo la proposta indagine. Io dico a mo' d'esempio: sappiate che io sono padrone di passare a mio piacere per il podere *A*, di ragione di Pietro, senza che il possessore dello stesso possa legittimamente opporsi. Con questa proposizione io annunzio formalmente un diritto di servitù reale di passaggio per il fondo *A*, qualunque ne sia il possessore. Ma che cosa esprimo io con ciò? Io esprimo soltanto che il possessore o i di lui successori nel possesso del fondo *A* non possono legitti-

mamente *impedire* a me il transito per quel fondo. Ma pensando dall'altra parte che in senso *astratto* e *generale* un proprietario ha diritto di chiudere il suo fondo, e d'impedire che altri passi per il medesimo; ne deduco la conseguenza, che l'*obbligo* a lasciare passar me forma un'eccezione, o, a dir meglio, una *restrizione* a quest'assoluta libertà o esenzione da ogni straniero passaggio. Ecco allora che questa *esenzione* da *assoluta* diviene *limitata*. Allora per una operazione fantastica considero mia la facoltà di passare come un *onere* annesso al fondo *A*, perocchè non gode rispetto a me della piena esenzione propria dell'*assoluta* e liberissima proprietà. Così io personifico la mia facoltà, la quale riveste allora il doppio e contrario aspetto di *comodo* e quindi di *diritto* per me, d'*incomodo* e quindi d'*obbligo* pel possessore del fondo *A*.

E siccome questo comodo io lo *ritraggo* dal fondo *altrui*, così non posso dire ch'egli *derivi da'* FONDI MIEI; e quindi il transito, che io godo, non è *ex meis bonis*. Ma nello stesso tempo potendo io annoverare la facoltà di passare fra i diritti utili a me competenti, egli è perciò che io non posso dire che *sia fuori* del complesso de' miei beni, prendendo il nome di *bene* non più nel senso di *cosa materiale*, ma nel senso di *diritto* risguardante le cose utili. Ecco ciò che Paolo intese nella citata legge. *Digest.* 1. *De usu et usufructu legato.* Ivi l'attenzione è tutta rivolta al possessore medesimo. E però quando dice *ex bonis*, egli parla del fondo serviente, il quale, essendo di proprietà *altrui*, non si può contare fra i beni del possessore attivo della servitù. Così pure quando dice *extra bona*, egli sottintende del possessore stesso, il quale fra i suoi diritti reali può contar giustamente il transito per il fondo altrui o per andare al proprio podere, o per altri ufficii utili. La particella *ex* denota per sè stessa l'oggetto materiale, *dal quale viene ricavato il comodo*. La relazione poi espressa col *non esse extra bona*, e quindi d'essere *fra i beni* del possessore del diritto di transito, indica per sè che questo viene annoverato fra i diritti utili, e quindi entra a far parte dell'asse legale dei beni competenti al possessore attivo del transito.

Con queste relazioni per altro non si esprime l'*intima natura* della prediale servitù, ma s'indica soltanto un aspetto estrinseco secondario e conseguente della medesima. La natura intima si suole esprimere col solito detto, che *servitus* HAERET *fundo*. Col verbo *haeret* s'indica dai giureconsulti l'*indole* e la *forza* giuridica di fatto della servitù prediale. Ma quest'inerenza, come fu dimostrato, è cosa tutta *metaforica*, perocchè veramente non si riduce fuorchè alla *facoltà relativa* suddetta.

CAPO VIII.

In che veramente si risolva lo stabilimento della perpetuità della ragione di un'acqua e di qualunque altro servigio prediale.

§ 538. A questa quistione rispondiamo a dirittura, che la PERPETUITÀ *di un servigio prediale* si risolve veramente = nel sostituire mai sempre o con atto fra vivi, o per causa di morte, un possessore di un fondo ad un altro possessore dello stesso, in modo che il successore sia rivestito degli stessi diritti e vincolato dagli stessi obblighi che competevano agli anteriori circa il bene stabile determinato. = Da questa operazione sorge la RAPPRESENTAZIONE conosciuta in giurisprudenza nei successori tanto a titolo universale, quanto a titolo particolare. La rappresentazione non è che la conseguenza della sostituzione suddetta; e in tanto riceve questo nome, in quanto che il successore riceve in sè stesso i medesimi obblighi e diritti dell'antecessore. Da questa identità, unita alla responsabilità, pure identica, sembra che la persona medesima dell'antecessore continui tuttora. Ma siccome accade una reale mutazione, così nella persona che succede per sostituzione si verifica la rappresentazione. Questa sostituzione è avvalorata soltanto dall'autorità della società vivente, o di chi la rappresenta; dimodochè se il *temperamento* delle proprietà riesce una condizione della convivenza e del commercio dei possessori dei beni stabili, la *continuazione* di questo temperamento viene per un solidale e continuativo diritto effettuata dalla vivente società. Sviluppiamo l'una e l'altra parte di questa risposta, e corroboriamola colla sanzione della positiva autorità.

§ 539. È certo e fuori di controversia, che il diritto ad un servigio prediale se può aumentare il *valore* d'un fondo, non forma però *parte* del fondo medesimo. Questo servigio consecrato o ligio fu opera della convenzione di due possessori diversi; e però come dovette esigere il fatto dell'uomo per essere stabilito, così pure dipende dall'umana autorità dei rispettivi possessori il perderlo od il cangiarlo. Dunque è per sè manifesto che questo diritto ad un servigio prediale viene *continuato* per autorità sola dell'uomo, sia che la consideriamo nell'individuale possessore, sia che la consideriamo stabilita dall'autorità legislativa predominante.

§ 540. È necessario bene avvertire tutto questo, a fine di dare il suo giusto valore alla maniera di dire ricevuta anche da celebri giureconsulti, colla quale considerandosi una servitù prediale come cosa *impressa* nel fondo dicesi *passare da sè stessa* nelle mani del successore; come quan-

do trasmetto una moneta, il conio della stessa passa con lei. *Servitus haeret praedio qualitasque praedii est*, dicono tutti d'accordo. Raffigurata così una servitù prediale senz'altro soggiungere, si offre un aspetto che offusca il vero concetto della perpetuità, la quale in sostanza non può effettuarsi che mediante una successiva e non interrotta *trasmissione* dei diritti e degli obblighi reali dei rispettivi possessori. Ciò è così vero, che questa trasmissione viene interrotta allorchè succede un possessore non *avente causa* da uno dei contraenti del servigio prediale, ma succede per un diritto *indipendente*, come sarebbe il fedecommessario e il padrone diretto. Questa qualità poi non è *indelebile*; perocchè il possessore la può perdere o espressamente con contratto, o tacitamente colla prescrizione della contraria libertà, o per altri modi, come sarebbe quello della riunione del fondo dominante e serviente nelle stesse mani.

§ 541. Dunque se la legge ha stabilito che, alienandosi un fondo, la servitù prediale annessa *passa* col fondo medesimo (1), essa non ha pronunciato ciò perchè consideri essere la servitù parte del fondo, o qualità inerente al medesimo, ma bensì perchè nel sistema sociale dei possessi fondiarii un grande interesse comune richiedeva che l'opera della *continuità* economica non fosse interrotta se non per cause conformi ai rapporti commerciali ed equitativi fra i membri della civile società. Dunque conviene sollevarsi da queste materiali considerazioni, e riguardare la *perpetuità* di una servitù prediale come *uno stabilimento artificiale e morale* introdotto e continuato dall'autorità sempre viva e presente della vigente società.

CAPO IX.

Veduta eminente di tutto il sistema delle servitù prediali. Principio conseguente.

§ 542. E qui entriamo nella seconda parte della risposta al quesito. Per comprendere il principio eminente e filosofico conviene considerare che cosa importi il sistema *pratico* delle *stabili* proprietà nella *convivenza* di una ordinata aggregazione sociale. Finchè consideriamo isolatamente il dominio delle cose come fondato sui bisogni degl'individui singolari, noi ci restringiamo a vedute parziali, dalle quali non è possibile trarne i rapporti *composti* della civile convivenza. Allora egli è lo stesso

(1) Quanto al *diritto attivo*, questo passa per mero *arbitrio* del padrone del fondo dominante; quanto all'*obbligo passivo*, questo passa per necessità di legge come le ipoteche. Di ciò si dirà più sotto (vedi *Voet ad Pandectas*, Lib. VIII. tit. 1. n.° 67).

che considerare la sfera e l'azione di un vortice in un senso isolato. Ma allorchè consideriamo questi diversi possessori in uno stato di convivenza e di *contiguità* di possessi, ci avvediamo tosto essere necessario introdurre molti *temperamenti*, i quali limitano il concetto troppo nudo ed assoluto della individuale proprietà prediale. Allora nasce tutto il sistema delle prediali servitù; e questo sistema racchiude il vero *temperamento* dei possessi stabili sociali e contigui, pel quale nell'atto che sembra s'introducano restrizioni alla individuale libertà, si trova in fine che viene ampliata assai più e l'utilità e la libertà medesima. Senza *temperamenti* non havvi nè ordine, nè vita, nè bene. In natura tutto vive, dura e prospera solo per via di temperati poteri. Finchè non ci eleviamo a questa considerazione, tutto il sistema delle servitù prediali viene raffigurato come cosa accessoria e fattizia, creata dalle instituzioni positive; e, quel ch'è peggio, esso si presenta sempre con un aspetto in parte odioso. Invece di considerare le parti diverse di questo sistema come altrettanti *ufficii* scambievoli degli stabili possessi, si considerano come *oneri* da una parte, e come appigli di dipendenza e di predominio dall'altra. Ma, abbracciando le cose nel loro complesso, si trova che *improprio* ed *inconveniente* è il nome di *servitù*, perocchè in pratica si verifica che realmente non sono altro che UFFICII SCAMBIEVOLI d'una positiva utilità. E per chiarire con un esempio nella materia presente questa osservazione, recherò in mezzo il caso di un'acqua che scorre naturalmente da un fondo superiore ad un inferiore. Il primo e consueto aspetto, sotto cui suolsi rappresentare dai giureconsulti, è quello di un *onere*, di un carico gravoso alla libera proprietà del fondo inferiore, e però d'una circostanza atta a *diminuirne* il valore. Eppure la pratica molte volte smentisce tale maniera di vedere. Le quistioni maggiori che si fanno su queste acque defluenti naturalmente sono forse più per deviare, o non piuttosto per *acquistare* o ritenere tali acque? Udiamo che cosa dica il tribuno Gillet, oratore del Tribunato al Corpo legislativo, nel riferire la legge relativa ai servigi fondiarii. « Voi ne troverete il primo esempio all'occasio» ne di acque, le quali per il loro naturale pendìo danno occasione a liti » fra i proprietarii dell'uno e dell'altro fondo. A primo tratto esse pos» sono essere riguardate come un onere per la proprietà. Ma non è sotto » questo punto di vista ch'esse facciano sorgere il maggior numero di » contestazioni. Ognuno sente infatti che non abbisognano che argini po» sti al di sotto per farle rifluire sopra i fondi superiori, nè che ulteriori » disposizioni ne aggravino le servitù per il fondo inferiore. Queste ac» que per lo contrario possono molto più essere considerate come un

» *vantaggio*, ed è soprattutto allora che i proprietarii se ne disputano il » possesso » (1).

§ 543. Ciò che qui dicesi delle acque si verifica or più or meno negli altri rami di servitù, come si potrebbe ampiamente comprovare. Ora se la stessa cosa si può sotto un aspetto rappresentare come un onere, e nello stesso tempo come un vantaggio; e se questo vantaggio si verifica in un maggior numero di casi; con quale verità e proprietà si chiamerà mai col nome di *servitù?* Tutte le funzioni sociali si potrebbero per egual motivo chiamare con questo nome, perocchè nel commercio scambievole il diritto dell'uno lega la libertà dell'altro, per ciò stesso che importa un'obbligazione correspettiva al diritto.

§ 544. Ma è forse questo il punto di vista, sotto cui nella ragione civile si debbano caratterizzare e valutare le funzioni tanto delle cose utili, quanto delle persone? Con queste viste minute, staccate, sfumate s'ingerisce forse quel senso complesso, vitale e provvido, che pone in luce l'ordine ed il movimento delle civili società? La ragione civile deve rassomigliare ad un grande albero, nel quale si veggano tutti i rami della legislazione formare un tutto, dal quale risulti l'effetto finale di pareggiare fra i privati l'utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà, in modo però che l'utilità maggiore sia il risultato di migliaja di *temperamenti*, nei quali, tutto calcolato, si trovi il *minimum* di mali e d'incomodi accoppiato al *maximum* di beni e di godimenti. Senza questa centrale ed universale condizione non si può stabilire nè veruna buona legge, nè veruna piena dottrina. L'assoluto non si può verificare in un sistema composto, particolarmente nella vita umana e nei periodi successivi delle società.

§ 545. E per non divagare soverchiamente in considerazioni troppo ampie, osserveremo che tutti i grandi rami delle leggi sulle cose si possono restringere ai cinque seguenti; cioè: 1.° dell'*acquisizione dei possessi*; 2.° della *destinazione dei possessi*; 3.° del *temperamento dei possessi*; 4.° della *trasmissione dei possessi*; 5.° delle *guarentigie dei possessi*.

I possessi, dei quali si parla qui, sono i possessi civili, e non quei possessi che in una nuda ed ipotetica speculazione vengono figurati dagli scrittori di Diritto naturale. Più ancora: l'acquisizione, la destinazione, il temperamento, la trasmissione e le guarentigie debbono essere assunte come oggetti da *ordinarsi* dal legislatore, il quale deve supporre

(1) *Discours prononcé au Corps législatif par le tribun Gillet.* pag. 143. Paris chez Firmin Didot, anno 12. Cod. civil etc. Tom. IV. (1804).

il diritto; o se lo definisce o lo attribuisce, egli è solo per dirigerne l'esercizio e proteggerne colla forza pubblica l'esecuzione. Assegnare un diritto senza dirigerlo e proteggerlo, è funzione dottrinale e non legislativa. Più ancora: egli è lo stesso che eccitare pretese senza soddisfarle; e per conseguenza è un mancamento assoluto di provvidenza legislativa.

§ 546. Fra i rami sopra annoverati, tutto il sistema delle così dette *servitù* appartiene al terzo, che denominammo *temperamento dei possessi.* Questo ramo si suddivide in due; il primo dei quali si può intitolare *dei temperamenti comandati*, ed il secondo *dei temperamenti acconsentiti.* I temperamenti comandati abbracciano quelle che chiamansi *servitù* indotte per fatto della legge; gli acconsentiti abbracciano quelle che sono indotte per l'accordo degli uomini. Ma considerando gli atti costituenti queste pretese servitù relativamente al loro fine sociale ed agli scambievoli effetti che producono, essi meritano veramente il nome di *uffizii prediali;* e ciò tanto più, che l'essenza loro consiste nel fare o nel non fare qualche cosa, come fu già osservato nella Parte antecedente, Libro III. Capi I. II. III.

§ 547. E qui parlando della condotta delle acque, dobbiamo considerare che le cose esposte nel Libro I., specialmente nella Sezione II. e III. della Parte antecedente, si riferiscono appunto a questi temperamenti comandati riguardo ai possessi delle acque. Io prego il lettore ad afferrare convenientemente questo concetto, onde non confondere i giusti dettami di Diritto. E qui soggiungerò la questione già proposta dal Relatore del Tribunato, onde servire di criterio alla pratica giurisprudenza. Egli dimanda se la libertà accordata dalla legge nello stabilire i servigii fondiarii, che noi appelliamo *ufficii prediali*, si possa estendere sino alla facoltà di modificare le servitù legali, ossia stabilite dalla legge. Qui risponde: « L'oratore del Governo ha risposto a questa quistione nella » esposizione dei motivi del Progetto. — Non conviene concludere (disse » egli) da questa denominazione di *servitù legali*, ossia stabilite dalla » legge, che non possano essere loro apportate deroghe o modificazioni » dalla volontà dell'uomo, ma solamente ch'esse operano, in mancanza » d'ogni convenzione, in forza della natura delle cose e dell'autorità della legge. » (Detti motivi, Tom. IV. pag. 134.)

Per la qual cosa i *temperamenti comandati*, ossia meglio gli *ufficii prediali* designati dalle leggi devono riguardarsi come altrettanti *limiti*, cui non lice oltrepassare in mancanza di espressi accordi dei possessori dei fondi stabili.

CAPO X.

Principio risguardante la difesa necessaria dei possessi e la libertà economica, come temperanti gli atti privati.

§ 548. Coll' attribuire alle convenzioni una *prevalenza*, come quella che fu qui accennata dall' oratore del Governo, non si viene a stabilire che *ferreo* ed *inflessibile* sia l' impero di questi atti convenzionali. Due condizioni massime e perpetue intervengono sempre, almeno implicitamente, a temperare questa prevalenza. La prima è la *necessaria tutela della proprietà* del fondo serviente; la seconda, la *necessaria tutela della libertà contrattuale od economica* dei possessori. Molti sono i casi nei quali sorge un *conflitto* d' interessi, sia nella conservazione, sia nell' uso di fondi rispettivamente affetti da scambievoli servigi. Noi ne vedremo gli esempii allorchè tratteremo l' argomento della conservazione della ragione dell' acquedotto. Quanto alla libertà economica, abbiamo già segnato il principio col quale si rigettano come nulle le inutili e nude proibizioni, e quindi nelle *servitù di divieto* si pone un limite conforme ai dettami del pareggiamento delle utilità mediante l' inviolato esercizio della comune libertà.

§ 549. Duolmi che gli scrittori di giurisprudenza non abbiano mai posto in evidenza l' uno e l' altro capo di queste limitazioni, senza delle quali il sistema degli *ufficii prediali* diverrebbe ferreo ed insociale. Nella volgare maniera di sentire suolsi adottare pur troppo il fatto delle convenzioni qual norma assoluta, e però si dà loro una forza *inflessibile*, fino a violare il principio stesso della *tutela necessaria*, e ad autorizzare come legge inviolabile ogni capriccio inutile e vincolante l'economica libertà. Ma la ragione civile ripugna a questo modo di pensare. Io non parlo di quella ragione civile, della quale veggiamo pur troppo il predominio negl' immensi volumi che guerniscono le nostre biblioteche; ma di quella ragione civile, della quale ho accennato poco fa le condizioni. Per lei sola sorge il vero senso dell' uomo di Stato, del savio giureconsulto e dell' illuminato magistrato, allorchè gli accada di esaminare i casi e le questioni risguardanti questi *ufficii prediali*. Allora non trovasi più angustiato alle nude considerazioni d' individuali volontà, e molto meno trova la sua ragione isolata dalle grandi combinazioni di utilità sociale; ma egli tempera i suoi dettami colla veduta complessa e conveniente di tutti i rapporti che debbono dettare ed animare le ordinazioni del legislatore, i responsi del giureconsulto, e le decisioni del magistrato. Allora,

spingendo più avanti le sue vedute, egli considera il sistema degli *ufficii prediali* come una *condizione solidale permanente* della vita civile, agricola e commerciale; e però il corso delle età ed il mutarsi delle generazioni viene da lui subordinato ai rapporti immortali della sempre vivente società.

§ 550. Tutto questo è opera della *rappresentazione dei diritti reali* annessa ai successivi possessori dei beni. Questa rappresentazione, in molti modi variata, assicurata, estesa e temperata, comunica a tutto il sistema della proprietà dei beni una *continuità*, una *diffusione*, una *stabilità* ed una *pieghevolezza*, la quale nell'atto che attesta il grado d'incivilimento della società che l'adottò e la perfezionò, apporta seco i beneficii d'un passaggio naturale delle proprietà, d'un commercio assicurato dei beni, e finalmente di un'equa distribuzione delle cose godevoli. Così l'immenso, possente e meraviglioso sistema rappresentativo, incominciando dai pensieri e terminando sui beni, e tornando a reagire di nuovo, fonda, dilata e consolida l'impero dell'uomo sulla natura e sulla fortuna.

§ 551. Questa non è l'opera nè di un solo uomo, nè di una sola età. Il magistero rappresentativo sorge coll'infanzia delle società, cresce con loro, e infine le perfeziona, e le rende moralmente, economicamente e politicamente prospere e possenti. Nel sistema economico, nel quale la ragione civile non deve prestare che limiti e guarentigie, il corso dei diritti reali da uomo a uomo, e da generazione a generazione, tende così ad equilibrarsi e a progredire, che ogni deviazione, ogni vincolo, ed ogni interruzione contraria alla di lui naturale tendenza, riesce funesta alla civile società. Da questa considerazione nasce un *terzo principio* = di limitare, per quanto si può, nell'ordine delle successioni tutte le disposizioni che tendono ad estendere vincoli progressivi, ad operare reversioni fattizie, a stabilire condominii simultanei, a sostenere influenze parteggiate ec., stantechè nell'ordine economico si riducono ad altrettante calamità. = Questo terzo principio ha luogo solamente in quelle legislazioni, nelle quali si è creduto di non potere o di non dovere ancora stabilire le basi dell'ordine economico sociale giusta quelle norme che sono pure altamente comandate dalla voce della natura e del *comune* interesse. Questo terzo principio in sostanza non è altro che un'applicazione del principio generale dell'*economica libertà*, della quale sopra ho parlato, e però non forma che un ramo del medesimo. Nel primo caso abbiamo contemplato questa economica libertà solamente ad oggetto di non inceppare con *inutili* proibizioni l'*uso presente* delle cose godevoli, fatta

astrazione dal passaggio di queste cose nelle mani di altri possessori, e dalla successione di una ad un'altra generazione. Qui consideriamo questa economica libertà nel rapporto della *continuità* di movimento, vale a dire in conseguenza del detto passaggio e della suddetta successione, onde evitare, per quanto si può, quelle prepotenti deviazioni e interruzioni, per le quali all'interesse di pochi si sagrifica quello dei molti, e si sottrae mai sempre di quel vigore vitale che la natura comparte al corpo delle civili società.

§ 552. So che il mitigare un male deve essere opera delle leggi; ma so del pari che in pratica *il non accrescerlo* è opera delle buone dottrine e delle buone decisioni. Far valere piuttosto l'una che l'altra presunzione; temperare colla veduta del sociale interesse la boria di alcuni privati, i quali col sacrificio apparente della presente proprietà vogliono far pompa di avere molti tributarii verso la loro famiglia; combinare a tempo il potere delle leggi che sole reggono il destino della *legale* perpetuità, colle condizioni scritte di un tale contratto, invece di confondere le ragioni dei due primi contraenti colle ragioni di successori dotati di mere aspettative: ecco ciò che appartiene alla vera giurisprudenza.

SEZIONE II.

Delle particolarità dell'acquedotto, indicate dalle leggi romane ad oggetto di determinare i modi della di lui acquisizione.

CAPO XI.

Oggetto di questa Sezione.

§ 553. Il *fatto* dell'acquedotto, di cui qui dobbiamo trattarre, è il complesso di quelle circostanze materiali e morali, senza delle quali non può esistere la *condotta delle acque*. Si richiamino, di grazia, le cose esposte nel Capo I. di questo Libro, e s'intenderà a quale sfera di oggetti si restringano le presenti nostre disquisizioni. Qui debbo solamente osservare, che siccome fu già dimostrato che nella *costituzione* dell'acquedotto, presa nel suo intiero, entrano due *contratti*, vale a dire quello di una semplice *presa* d'acqua, e quello della *condotta* strettamente tale; così dovendo esporre il *fatto intiero* dell'acquedotto, dovremo comprendere anche le pure circostanze di fatto, che servono o intervengono in ambedue questi contratti costituenti l'acquisizione della ragione dell'acquedotto. Quanto ai *modi* legali, speciali e proprii di questi due contratti, non è possibile di ben ravvisarli e valutarli se non quando si trat-

terà dall'*accordo* dell'acquedotto, il quale dovrà formare oggetto del Libro seguente. Tutto questo viene avvertito affinchè i leggitori sospendano ogni applicazione *speciale*, la quale sarebbe ancora prematura, attenendosi ai soli dati esposti nella Sezione presente. Qui avremo cura precipuamente di spiegare le qualità e le circostanze del *fatto* dell'acquedotto, in mira d'intendere il senso delle leggi allorchè alludono alle diverse particolarità materiali del medesimo, considerato come *stromento* onde condurre un'acqua ai diversi usi della vita civile. Questa cura prima di tutto dovrà essere rivolta all'intelligenza delle leggi romane, le quali alludono a costruzioni ed a maniere che possono (quand'anche fossero diverse) essere, almeno per diritto, applicabili all'odierno uso praticato presso di noi.

§ 554. Spiegate le particolarità di fatto del privato acquedotto romano, dobbiamo contare d'avere accennato tutto ciò che può formare oggetto di diritto, sì perchè le intermedie e le vigenti legislazioni non hanno statuito nulla nè su queste particolarità, nè in conseguenza delle medesime, e sì perchè la natura stessa delle cose non ha potuto coll'andare del tempo introdurre varietà *sostanziali* in materia di acquedotti. Le più accurate o le più cautelate nostre discipline sulle acque *irrigatorie* non possono far variare il fondo del Diritto. Dall'altra parte egli è pel solo sistema irrigatorio che in certi paesi soltanto la condotta privata delle acque può apparire superiore alla romana; perocchè parlandosi degli acquedotti urbani, le nostre discipline, come le nostre opere, sono molto al di sotto di quelle dei Romani antichi.

CAPO XII.

Spiegazione di alcuni nomi adoperati dalle leggi romane. Degli incili. Falso senso del Pecchio.

§ 555. Nel Capo I. di questo Libro, allorchè ho parlato del *fatto* dell'acquedotto, ho avvertito ch'egli consta di tre grandi parti; cioè della *presa*, del *capo* e della *via* dell'acqua. Considerando però l'acquedotto nel suo più stretto senso, egli consta solamente del *capo* e della *via* dell'acqua.

Nelle leggi romane troviamo in primo luogo quanto segue: « CAPUT » AQUAE illud est, unde aqua nascitur: si ex fonte, ipse fons; si ex flu» mine vel lacu, prima incilia vel principia fossarum, quibus aquae ex » flumine vel ex lacu in primum rivum pelli solent » (1). Troviamo pure

(1) Leg. 1. § 8. Dig. *De aqua quotidiana et aestiva.*

una disposizione dell'editto del Pretore espressa nei termini seguenti: « Rivos, specus, septa reficere, purgare aquae ducendae causa quominus » liceat illi dum ne aliter aquam ducat, quam uti priore aestate non vi, » non clam, non precario a te duxit vim fieri veto » (1).

§ 556. Leggendo queste leggi, ognuno deve comprendere prima che cosa abbiamo inteso designare sotto i nomi di *rivus*, *specus*, *septa*, *incilia*, e consecutivamente di altre parti materiali ch'entravano nelle costruzioni degli acquedotti. Veramente sembra che col Dizionario alla mano si potrebbero procurare queste cognizioni; ma la lettura del Pecchio ci obbliga a fissare precisamente il senso di tali parole. Un esempio lo troviamo nel seguente passo: « Incile ergo proprie dicitur ab *aqua* » *incidendo* sive in *rugia* (2) per acumen angulare rugiam ingrediens, » quo aqua pellitur in rivum ad usum ducentis. *Incile* etiam potest dici » illud *signum*, quod ponitur ad latus rugiae pro mensura, vel secundum » conventionem partium factam; videlicet ut solummodo ea aqua rivum » ingrediatur, quae attitudo illius ligni supra terram fundati et eandem su» perantis ad formam conventi permittit, et vulgo dicitur *il battente;* » nam aquam incidit ut tantummodo cadat in rivum, quae attitudo talis » battentis permisit: tum etiam quia incidit alvei rugiae superficiem eo » quod tale lignum attitudine adaequata superemineat ipsum alveum, » ne major aquae quantitas rivum novum ingrediatur » (3).

§ 557. Non solamente i periti dell'arte, ma i semplici utenti di campagna potranno giudicare della confusione qui commessa dal Pecchio nell'applicare il nome d'*incile* ai *partitori*, agli speroni ed ai battenti, dei quali si parlerà tantosto. Il Pecchio, che aveva sotto gli occhi l'Opera del Barattieri, avrebbe dovuto vedere che nella spiegazione dei vocaboli, premessa nell'Avviso ai lettori, nell'ultimo articolo segnato 27 Barattieri si esprime nella seguente maniera: « *Incile* è quella incisione o » taglio della *sponda* di qualsivoglia fiume, che si apre per far la *bocca* » *da estraersi* qualche altro acquedotto, la quale si dice anco *bocca del* » *fiume*, o *bocca del canale derivato.* » Da questa definizione del Barattieri si scorge che qui non si taglia l'*acqua*, ma bensì la *terra;* e però

(1) Leg. *Praetor ait I. princ.* Digest. *De rivis.*

(2) Ad intelligenza degli altri Italiani e degli stranieri, fra i quali la parola roggia non viene usata, sappiasi che questo nome indica un *canale artificiale*, pel quale scorre un'acqua; che si applica specialmente *ai grossi canali*, dai quali si estraggono le acque per le irrigazioni. La parola *rugia*, nelle vecchie carte *ruxia*, della quale il Pecchio fa uso, non è che la voce milanese *roggia*, colla desinenza latina. I Piemontesi la chiamano *bealera*. Questo nome si trova anche nel loro Codice.

(3) Pecchio *De aquaeductu*, Lib. I. Capo V. Proemio, n.° 12 e 13.

col nome d' INCILE non s'intendono nè gli speroni, nè i penelli, nè i partitori, ma s'indicano le semplici *bocche* di estrazione.

§ 558. La nostra questione è, che cosa precisamente i romani giureconsulti abbiano inteso d'indicare sotto il nome d'*incile*. Dal testo sopra recato è per sè manifesto che questo nome viene attribuito propriamente al *varco* dell'acqua, praticato col tagliare o il terreno o la pietra. onde far passare un'acqua nel rivo dell'acquedotto. Col principio dell'incile si fissa il primo limite o il punto dal quale viene derivata l'acqua, sia da una fonte, sia da un canale, sia da un lago; e però anch'esso è *caput aquae*. Questo varco è fatto o naturalmente, o artificialmente. Quando è fatto naturalmente, appellasi *principio del fosso*, come lo chiama il recato testo; quando poi è fatto artificialmente, appellasi *primo incile*, cioè *taglio;* perocchè fu necessario tagliare il fianco del canale dispensatore, onde aprire un varco all'acqua che doveva derivarsi e condursi al luogo destinato. Coll'*incile* adunque inteso dal giureconsulto non si taglia l'*acqua*, come si figura il Pecchio, ma bensì la *terra;* coll'*incile* si tratta di *aprire la porta* dell'acqua, e non di cacciare la corrente, come fanno i partitori, i penelli, gli speroni, ai quali il Pecchio attribuisce il nome d'*incile*.

§ 559. E per provare che gli scrittori romani intendevano sotto il nome d'*incile* un *terreno scavato* o *tagliato*, che servisse d'*ingresso* ad una corrente d'acqua, ecco in pronto le autorità di Ulpiano, di Festo, di Apulejo; alle quali si possono aggiungere quelle dei rustici latini, come Catone, Columella, ec.

Ulpiano definisce l'*incile* nella seguente maniera: « Incile est locus » *depressus* ad latus fluminis, ex eo dictus quod incidatur. Inciditur » enim lapis vel terra, unde primum aqua ex flumine agi possit » (1). Ma se, secondo questa definizione di Ulpiano, *est locus depressus*, fatto col tagliar la *terra* o la *pietra* nel fianco del fiume; come mai può stare lo sperone, il penello, il partitore, che invece sono opere *elevate* contro delle correnti per dividerle e deviarle? E perchè non cada dubbio circa la qualità di questo puro varco, fatto collo scavare e non coll'erigere ostacoli, udiamo la significazione datane da Festo. *Incile est* fossa *ad derivandam aquam*. Quindi è che Ulpiano nella legge 3. § 5 *Ne quid flumine publico etc.*, adopera la frase *si incile ducat*. Questo è così vero che la parola *incile* viene adoperata ed estesa più ai fossi, che al capo stesso dell'acqua. In questo senso Apulejo disse: *rursum ad viam pro-*

(1) Leg. 43. Dig. *De rivis*.

deunt lacunosis incilibus voraginosam (1). Tanto è vero che presso i Romani il nome d'*incile* era applicato essenzialmente ad uno *scavo*, e però nel senso precisamente contrario a quello designato dal Pecchio. Festo stesso nel Libro IX., come avverte il Brissonio, *incilia definit* fossas *quae fiunt in viis ad deducendam aquam*. Nel medesimo senso viene adoperato da Catone (2) e da Columella (3); anzi Catone lo adopera in senso aggettivo, come *incilis fossa*.

§ 560. Dalle quali cose apparisce che nelle leggi romane il nome d'*incile* porta lo stesso significato ch'egli riveste presso di noi, come fu già provato col Barattieri e col comune linguaggio. In che differisce l'*incile* dalle *chiaviche?* Udiamo quanto dice l'Alberti nel § 409 delle sue Istruzioni pratiche: « Le CHIAVICHE (dice egli) non sono altro che porte » o vani fatti sotto o dentro gli argini, in testa degli scoli, con fabbri» che di pietre e calcina, le quali si aprono e serrano, secondo il biso» gno, con travate o paratoje, e servono o per *pigliar* acqua, e chiamansi » INCILI; o per *scaricarne*, e chiamansi EMISSARII. — Servono per lo più » a sostenere, *chiuse* che siano colle loro paratoje, per qualche tempo » le acque degli scoli, quando le acque del recipiente siano più alte di » quelle dello scolo. Si aprono poscia ogniqualvolta il pelo del recipiente » sia più basso del pelo dello scolo. » Da questa definizione delle *chiaviche*, quando si vogliano prendere come sinonimo d'*incile*, tali chiaviche dovrebbero appellarsi *incili muniti*. L'incile semplice poi dovrebbesi appellare *incile nudo* o *libero*. Le *chiaviche* sono sempre *artificiali;* l'*incile nudo* poi può essere sì naturale che artificiale, come sopra fu notato. Un esempio dell'incile nudo vedesi nella tavola I., in cui sotto le lettere *a b c d* è disegnato il taglio dell'argine, il quale può esser fatto sì dalla natura, che dall'arte. Nella stessa tavola I. poi vedesi l'esempio di una chiavica o incile munito e tutto artificiale, il quale presenta propriamente un'opera manufatta, conosciuta sotto il nome di *chiavica*. — Nel volgare italiano il nome di *chiavica* è sinonimo di *fogna*, *cloaca*. *Chiavica* dunque, come edificio da chiudere ed aprire il corso di un'acqua, corrisponde al latino *claustrum*, o *porta cataracta*.

---

(1) *De asino aureo*, Lib. IX.
(2) *De re rustica*, Cap. CLV.
(3) Lib. V. Cap. IX.

CAPO XIII.

Dei condotti coperti, sia sotto, sia sopra terra, conosciuti dal Diritto romano sotto i nomi di rivi subterranei, *di* specus *e di* cuniculi.

§ 561. Figurando lo scavo artificiale, il quale forma il varco dell'acqua, si può fingere ch' egli sia a fior di terra, o sotto terra. Nel primo caso riceve il nome di *semplice scavo*, o *fossa incilis*, come l'appellò Catone; nel secondo caso poi si formava quello che i Romani chiamavano *subterraneus rivus*, del quale troviamo menzione anche in Frontino nella celebre Opera *De aquaeductibus*, di cui più sotto si parlerà. Allorchè poi si faceva l' opera elevata *sopra terra*, a modo di *grotta* o *galleria*, per la quale condurre l' acqua, si costruiva quello che i Romani chiamavano *specus*. Se noi consideriamo la semplice etimologia della parola *specus*, i filologi ci dicono che questo nome deriva da *inspiciendo*, appunto perchè fissandosi avanti ad una bocca, si vede a modo di caverna il condotto, e si traguarda come in una galleria coperta, per cui scorre la corrente. Lo *speco* dunque dei Romani, applicato alla *condotta delle acque*, corrisponde ai condotti coperti sopra terra, sia che sorgano e si appoggino al terreno, sia che vengano sostenuti da archi, o da altra opera manufatta. Oltre il citato testo dell' editto del Pretore, ne troviamo menzione in parecchi luoghi del Digesto (1), dai quali apparisce che con questo nome intendevano appunto ciò che ora abbiamo indicato. Egli è per ciò che il Gottofredo disse: *per specum ducere est per opertum et occultum* (2).

Queste gallerie venivano costrutte anche nei grandi acquedotti artificiali praticati sopra edificii, come ne veggiamo un esempio in Giulio Frontino nella sempre memorabile e classica edizione fattane dal celebre Poleni (3). A loro non veniva imposto altro nome, che quello di *specus*. Serva di esempio quanto soggiunge il detto Poleni colle seguenti parole. « *Specus* autem (quamvis proprie significat idem ac spelunca) sumitur » pro *canali*, per quem aqua ducitur .... Praeterea *specus* dicitur via » seu rivus ille fornice contectus, qui supra substructiones aut supra ar-

(1) Leg. 1. § *Specus* Dig. *De rivis*. Leg. 11. *De aqua et aquae publicae arcendae*. Legge 3. Dig. *De rivis*. Veggasi anche Vitruvio, Lib. VIII. Capo VII.

(2) Gottofr. *ad leg.* 11. Dig. *De aqua et aquae pluviae arcendae*. V. Cujacio, Oss. 16.

(3) *Sex. Julii Frontini De aquaeductibus urbis Romae Commentarius antiquae fidei restitutus atque explicatus opera et studio Joannis Poleni*. Patavii 1722, apud Joannem Manfré.

» cus superstruitur, ut aqua per ipsum duci queat. Quemadmodum (tabula II.) in figura I. specus *B* latus pedum II et semis, altus usque ad » curvaturam fornicis pedes IIII et semis. Fornix ipse ped. I, unciae IIII. » Latera hinc inde crassa pedes II, unciae III (1). Specuum etiam nomine venisse aliquando cuncta aquaeductuum opera supra terram probabile est, ut infra ostendemus ad verba ET CIRCA RIVOS, art. 127 » (2). Questo stesso senso apparisce anche dal Senato-consulto riportato dal detto Frontino all'art. 127 dell'edizione del Poleni, nel quale si parla tanto di rivi scavati e posti sotterra, quanto degli spechi o speloncbe. *Et circa rivos qui sub terra essent, et specus intra urbem et extra urbem.*

Altro esempio delle *grotte* o *specus* si può vedere nella tav. III. fig. 2, in cui vedesi la bocca di questa grotta in *A*, sotto la quale passa un'acqua, e che si può dire ugualmente essere ponte, botte diritta, e grotta.

In generale dunque, parlando delle leggi, e fatta astrazione dalle particolari costruzioni architettoniche, dovremo tener come fermo che sotto il nome generale di *specus* vengono intese queste gallerie coperte, ossia gli acquedotti coperti, costruiti sopra terra, sia che si appoggino immediatamente sul terreno stesso, sia che vengano sostenuti da archi, od in altra maniera.

A questi *specus* corrispondono le *grotte* di cui parlano i periti nell'architettura delle acque. « *Grotte* (dice l'Alberti) sono strade sotterranee, » nelle quali camminasi ad uso di mina, e si fanno in quei luoghi dove » il piano della campagna si alza notabilmente e forma eminenze, le quali » tolgono l'ordinaria pendenza al condotto maestro, e però per conservargli la detta pendenza, e non fare sregolate pieghe al condotto maestro » (3).

§ 562. Se a modo di tomba, scendendo sotterra, si scavi una galleria, la quale passi per di sotto un edifizio, e indi salga ed esca sopra terra, si costruisce un'opera, alla quale i Romani davano il nome di *cuniculus* (4). Questo nome veniva applicato tanto a quelle opere di assedio, nelle quali

(1) Veggasi la figura della tav. I. annessa a questo Volume.

(2) *Nota ad Frontinum,* pag. 6, n.° 2 e 3 della detta edizione.

(3) *Istruzioni pratiche per l'Ingegnere, di Giuseppe Antonio Alberti,* § 535.

(4) Questo nome era comune ai *conigli,* che sogliono da sè stessi farsi buche sotterranee, entro le quali si nascondono. Veggasi il Facciolati alla voce *cuniculus.* La tavola IV. indica una forma di questi cunicoli, botti ricurve, tombe a sifone, salti di gatto. Ivi in *A* vedesi l'apertura per la quale l'acqua si sprofonda entro terra; in *B* poi vedesi la bocca per la quale l'acqua esce di sotterra. La prima dicesi *bocca d'ingresso della botte,* o *tomba a sifone;* la seconda *bocca di sortita* della medesima. L'andamento o il salto dell'acqua sotterraneo fu qui indicato coi punti che per di sotto conducono dall'una all'altra bocca.

si trattava sia d'introdursi in un luogo munito passando per di sotto alle fondamenta, sia di far crollare le fondamenta stesse, quanto a quelle opere che si facevano dai *metallarii* per trovar metalli, o dissotterrare marmi ricercati. Noi troviamo menzione di tutte queste applicazioni del nome *cuniculus* tanto negli storici, quanto nelle leggi romane.

Ma per parlare della condotta delle acque, io osservo che col nome di *cuniculus* i Romani intendevano un condotto ben diverso, sia dal rivo sotterraneo, sia dallo speco. Ciò sia detto a rettificazione della osservazione di Cujacio, che non seppe ravvisare alcuna differenza fra questi condotti e lo *speco*. Eccone una prova positiva. Se *sotto* di un rivo io costruisco un condotto coperto, pel quale l'acqua da una parte scenda sotterra, e a modo di sifone ne sorga dall'altra, come nella tav. IV., egli è chiaro che in questo caso il padrone del rivo piano *CC*, che sta di *sopra*, non può temere che l'acqua del suo rivo gli venga a mancare per la corrosione della soglia del suo rivo stesso. Ponete per lo contrario che sotto al detto rivo superiore io costruisca un canale *piano* coperto, ossia uno speco, o un semplice rivo sotterraneo, come nella tavola III. figura 2, dimodochè lo strato di terra interposto non sia molto alto o solido, o che cotesto tavolato serva di coperchio al rivo sottoposto, e di soglia al rivo di sopra; egli è manifesto essere facile allora che col corrodersi o traforarsi di questa soglia o soffitto l'acqua del rivo di sopra trapassi nel canale di sotto, ed il rivo superiore venga disseccato. Se io espongo questo caso, in siffatti due aspetti si potrà mai confondere il semplice rivo sotterraneo col canale fatto a modo di sifone, che volgarmente dicesi *tombino* o *tombone*, *salto di gatto* ec., o *tomba a sifone*, e generalmente appellasi dall'Alberti *botte* o *tromba sotterranea curva* (1)? Or ecco

(1) Quando il livello dell'acqua, che deve farsi passare attraverso del fiume, è più basso, o quasi di eguale livello con quella del fiume o canale da attraversarsi, allora devesi far passare l'acqua sotto il fiume o canale; e questa fabbrica chiamasi *botte* o *tromba sotterranea*. Di queste se ne fanno delle rette e delle curve. *Rette* sono quelle che si fanno quando l'acqua, che deve attraversare il fiume o canale, tiene una differenza di livello con quella che ha da intersecare, che con cammino retto può passare sotto il fiume senza alcuna difficoltà. Le *curve* sono quelle che si fanno quando l'acqua, che si deve introdurre, tiene pochissima differenza di livello con quella che ha da intersecare; e queste botti tanto più dovranno farsi curve, quanto maggiore sarà il corpo dell'acqua che vi sta sopra. Di queste se ne trovano nel Ferrarese sotto il Canal bianco; nel Veneziano sotto l'Adige, in luogo detto *la Polesella;* nel territorio di Lugo; nel Reggiano sotto il Crostolo; e molte nel Milanese, per tacere di tante altre (Alberti, § 395 e 396).

È per altro da rimarcarsi, che col nome di *botti sotterranee* abbracciandosi tanto le rette quanto le curve, non si spiega abbastanza, o almeno distintamente, le due specie, e che per conseguenza converrebbe chiamarle *tombe* o *trombe rette*, o *trombe* o *tombe a si-*

quanto succintamente viene indicato dal giureconsulto Paolo nella legge 11. Dig. *De aqua et aquae publicae arcendae.* Ecco le di lui parole: « Si specus non cuniculum sub rivo aget, aqua corrumpetur; quia suffosso eo aqua manabit, et rivus siccabitur. »

Da questo testo si vede che Paolo distingue assai bene il *cuniculum* dallo *speco*, e li distingue di modo, che collo speco non viene assicurato l'uso del rivo superiore, e col cunicolo si toglie il pericolo temuto. Vedesi altresì dalla frase *sub rivo aget* trattarsi qui di un canale che passa *sotto* di un altro; e siccome questo canale sottoposto non procede in linea retta come lo speco, così si segna qui quella differenza che a Cujacio non piacque di ravvisare. Dall'altra parte poi troviamo una testimonianza, che i così detti *tombini*, *tomboni*, *salti di gatto* ec. erano praticati nella condotta delle acque presso i Romani, come presso noi.

CAPO XIV.

Dei circonvallanti ed impellenti delle acque, dinotati col nome di septa.

§ 563. Nel testo dell'editto del Pretore, riportato al Capo XII., troviamo *rivos*, *specus*, *septa*. Quanto ai due primi nomi, abbiamo spiegato abbastanza che cosa veniva inteso dai Romani, ed abbiamo accennato le rispettive differenze dei condotti usati presso i medesimi. Rimane ora a vedere che cosa s'intenda sotto il nome di *septum*. Seguendo l'etimologia di questa parola, ella deriva dal verbo *sepire*, il quale significa l'operazione di cingere di siepe o di racchiudere un dato terreno con un ricinto che lo divida da un altro. Il *septum* o il *sepimentum* può prendere mille variate forme, secondo i bisogni pei quali viene costruito. Presso i Romani come fu usato nella città per dividere i luoghi dove si davano i pubblici suffragi dai circonvicini, così fu trasportato anche alle opere che si facevano nelle correnti, onde servire a sospingere le acque verso le bocche degli acquedotti (1). Ulpiano nella leg. 1. D. *De rivis* si espri-

---

fone. Alla *tromba retta* corrisponde lo *specus* latino; a quella *a sifone* corrisponde il *cuniculus.*

(1) Per dare un saggio delle diverse applicazioni del nome *septum* si consulti il seguente passo del celebre Facciolati. « *Septum* » (serraglio, chiusura) omnis locus munitus, » et quodam sepimento vallatus, cujusmodi » sunt stabula, ovilia, caprilia, bubilia, et id » genus reliqua. *Cic. Phil.* 5. Quibus enim » septis tam immanes belluas continebimus? » — *Var.* l. 1. *R. R.* c. 11. Intra septa vil» lae habeat aquam. — *Id. ibid.* c. 14. De se» ptis, quae tutandi fundi causa fiunt. — Apud » Romanos item septa dicta sunt loca in Cam» po Martio *inclusa tabulatis,* in quibus Po» pulus Romanus stabat Comitiorum tempo» re, quae duo fuere: unum, in quo populus » stabat antequam ad suffragia vocaretur; » alterum, in quo magistratus ille, qui comi-

me come segue: « *Septa* sunt quae ad incile opponuntur aquae derivan-» dae compellendaeve ex flumine causa, sive ea lignea sunt, sive lapidea, » sive ex alia qualibet materia ad continendam transmittendamque aquam excogitata. »

§ 564. Analizzando poi questo testo, conviene distinguere qui l'*ufficio* di tali opere dalla *materia* e dalla *forma* loro. Quanto agli *ufficii*, Ulpiano vi dice espressamente ch'essi si riducono a *rattenere*, *sospingere* e *trasmettere* le acque. Quanto alle materie onde costruirli, queste possono essere o di legno, o di sasso, o di qualunque altra materia confacente agli ufficii suddetti.

Parlando poi della condotta delle acque in particolare, Ulpiano indica che queste opere venivano appunto contrapposte agli incili, o bocche di estrazione dei condotti o rivi, a fine di sospingere la corrente verso le dette bocche, onde poter estrarre e derivare l'acqua voluta. Le pescaje formano la più semplice maniera di *septa* (1).

§ 565. Non conviene per altro confondere il *septum*, ossia le chiuse o gli impellenti, coi *recipienti*, coi *laghi artificiali*, colle *peschiere*, coi così detti *bottini*, appellati dai Romani generalmente coi nomi di *conceptacula;* poichè sebbene da questi si raccolgano e si contengano le acque per via di *ricinti*, per poterle indi trasmettere o divise o unite dove si desidera, ciò non ostante non ricevono presso gli antichi i nomi di *septa*, ma ora quello di *piscinae*, ora quello di *lacus*, ora quello di *castella*, ed in generale poi quello di *conceptacula* (2).

Di ciò si possono vedere quante prove si vogliano nell'Opera di Frontino *De aquaeductibus*, pag. 56 e 66 della detta edizione del Po-

---

» tiis praeerat, et ministri, ut praecones, et » alii. Haec septa pontibus distinguebantur, » per quos populus ex uno septo in alterum » suffragia ferebat. — *Ovid.* 1. *Fast.* Est quo-» que, quo populum jus est includere septis, » idest quoque dies comitialis. Hic quoque » mercatores negotiabantur. — *Martial. l.* 9. » *Ep.* 60. In septis Mamurra diu multumque » vagatus, hic ubi Roma suas aurea vexat » opes. Ponitur etiam *septum* pro *obicibus* et » *claustris*, quibus utimur ad impetus fluvio-» rum coercendos. »

(1) Vedi nella tav. V., lett. A B C D, una di queste pescaje.

(2) Il così detto *castello* degli antichi era ad un solo tratto *recipiente*, *regolatore* e *partitore* dell'acqua. Di qui viene, che a questo edificio vengono nelle leggi romane appropriati nomi diversi, relativi a questi ufficii. Vegganai in prova le seguenti leggi.

Leg. 1. § *ait Praetor* D. *De aqua quotidiana.* Leg. 78. D. *De contrahenda emptione.* Leg. 17. § *de castello*, Leg. 18. § *firmius* D. *De actionibus empti.* Leg. 19. D. *De servitut. rustic.* Leg. 2. Dig. *Commun. praedior.* Leg. 41. § *item hoc prohibetur* D. *De legatis*, Lib. I. Leg. 3. Cod. *De aquaeductu*, Lib. XI. Vegganai ancora Vitruvio, Lib. VIII. Capo VII.; Plinio, Lib. XXXI. Cap. VI. Libro XXXVI. Cap. XV. Il Codice Teodosiano nella Legge 2. tit. *De aquaeductibus.*

leni. Un esempio lo troviamo anche nel Digesto, dove Ulpiano dice: « Si » aqua in unum lacum conducatur, et inde per plures ductus ducatur, » hoc interdictum utile erit *volenti reficere* ipsum lacum » (1). Qui sotto il nome di *lacus* s'intende un *recipiente artificiale;* locchè viene indicato anche dalla frase *volenti reficere*, la quale non può assolutamente convenire ai laghi propriamente detti (2).

§ 566. E qui debbo notare che i PARTITORI delle acque presso gli antichi erano denominati DIVIDICULA; e col nome di *dividìcoli* o *partitori* vengono appellati anche dal nostro Barattieri. Questi *dividicula* sono quelli che il Pecchio scambiò cogli *incili*, ossia colle bocche di estrazione. Mediante i dividicoli s'incideva e divideva il corpo stesso delle acque, e si ripartivano secondo il proposito.

CAPO XV.

Deì rivi, dèi solchi acquarii, e delle fistole.

§ 567. Ulpiano commentando le parole dell'editto del Pretore da noi recate nel Capo XII., ci ha presentate le parti del più semplice e primitivo acquedotto. Ecco queste parti, le quali dovranno tenersi a mente (3).

« 1.° Rivus est locus per longitudinem depressus, quo aqua decur» rat, cui nomen est *απο τϐριιν*, idest a fluendo. »

« 2.° Specus autem locus a quo despicitur, inde spectacula sunt » dicta (4). »

---

(1) Leg. 3. § 3. Dig. *De rivis*.

(2) Per confermare il senso del nome di *lacus* attribuito a qualunque luogo nel quale si raccoglie un'acqua, soggiungo la seguente annotazione del Poleni: « Ex Varrone con» stat lacum dici (ut habet Barthius in Ad» vers. *pag.* 98) ubicumque aqua continetur. » Quare cum iis facio qui putant, lacus in » urbe fuisse alveos, in quibus aquae ex aquae» ductibus reciperentur, ut usui essent ju» mentorum potui, lotionibus, extinguendis » incendiis, aliisque similibus commodis (*ad » Frontinum*, art. 3. pag. 9. n.° 45, 20). » Di questi laghi o serbatoi d'acqua il Barzio crede che in Roma si trovassero fino a novecento. Il solo Agrippa durante la sua edilità ne fece fare settecento, come narra Plinio.

Alla idea di *conceptacula* e di *lacus* dei Latini corrispondono le *conserve* conosciute nel linguaggio dei periti, e delle quali fa menzione l'Alberti nelle sue *Istruzioni pratiche per l'Ingegnere civile*, al § 531. = CONSERVA (egli dice) è un vaso sotterraneo, il quale deve contenere quel determinato corpo di acqua che le viene tramandata dal condotto maestro; onde tale condotto comunica colla conserva, e questa deve continuare a tramandare l'acqua che ha raccolta pel susseguente condotto alla scaturigine. = Se il *castellum* dei Romani era sopra terra, a queste conserve così costrutte si potrebbe giustamente applicare il nome di *castellum subterraneum*.

(3) Vedi la legge 1. Dig. *De rivis*.

(4) Qui non ha dato che il significato grammaticale, e non il reale e proprio della condotta delle acque. Su ciò vedasi il Capo XIII. di questa Sezione.

« 3.° Septa sunt quae ad incile opponuntur aquae derivandae com»pellendaeve ex flumine causa, sive ea lignea sunt, sive lapidea, sive »qualibet alia materia sint, ad continendam transmittendamque aquam »excogitata. »

« 4.° Incile autem est locus depressus ad latus fluminis, ex eo dictus »quod incidatur: inciditur enim vel lapis, vel terra, unde primum aqua »ex flumine agi possit. »

§ 568. Parlando del RIVO, in esso deve considerarsi tanto la *posizione*, quanto la *materia* che forma la via dell'acqua; perocchè sì l'una che l'altra formano oggetto di diverse sanzioni della legge. Quanto alla *posizione*, essa è di quattro maniere, tutte rispettive al suolo. La prima è *superficiale;* la seconda è *sotterranea;* la terza è *incombente;* la quarta è *elevata.*

La *superficiale* è quella che vien fatta a modo di *solco* sulla faccia del terreno; la *sotterranea* è quella che vien fatta a modo di galleria, sia *rettilinea*, sia *a sifone* sotterra; l'*incombente* è quella che vien fatta sopra terra, ed è appoggiata immediatamente sul suolo, ma segue tutto l'andamento dello stesso terreno; l'*elevata* finalmente è quella che è fatta sia con archi, sia con altri edifizii, che sostengono un canale. Questi edifizii o giacciono sul secco terreno, ed allora ricevono il nome di *archi;* o sorgono dall' alveo di un fiume o di un canale, o lo abbracciano sotto la loro vôlta, ed allora ricevono il nome di *ponti-canali* (1). Nell' uno e nell'altro caso il condotto è fatto, come dicono i Latini, *opere arcuato.* Passando alla *materia* componente il canale, conviene distinguere il *rivo* o *canale* propriamente detto dai *cannoni di condotta*, appellati col nome di *fistole.* Parlando in primo luogo del canale-rivo, esso può essere costituito o dallo stesso terreno nel quale viene scavato, o da altra composizione. Nel primo caso la legge lo chiama *rivus terrenus;* nell' altro caso lo designa col nome della materia che lo compone. Così noi troviamo nella citata legge 1. Digest. *De rivis* il seguente esempio: « Si quis »terrenum rivum signinum vel lapideum (2) facere velit, videri eum »non recte hoc interdicto uti. »

---

(1) = Un ponte-canale altro non è (dice l'Alberti al § 393 delle sue *Istruzioni pratiche per l'Ingegnere civile*) che un canale o fiume che passa sopra un altro canale o fiume. L'uso di questi è molto necessario, perchè dovendosi condurre acque alte separate dalle basse, è difficile che non s'incontri qualche canale o fiume da attraversare. Quando si deve fare attraversare l'acqua di livello superiore all'acqua di livello inferiore, la fabbrica che si fa a tale effetto si chiama *ponte-canale.* = Un esemplare di questi ponti-canali lo dà l'Autore alla fig. 140, e viene qui esibito nella tav. III.

(2) Io seguo la correzione di Aloandro: *vel lapideum;* e non la lezione *idest lapi-*

§ 569. Qui s'indicano tre materie, vale a dire il *terreno* naturale, il *cemento* con calce e terra cotta pesta, e la *pietra*, colle quali si può formare il letto del rivo. Ma la qualità della *materia* del letto non ne fa cangiare il nome; imperocchè tutte le volte ch' esso sarà un solco od un canale scavato sulla superficie di un terreno, qualunque sia la materia dell' alveo, esso riceverà sempre il nome di *rivus*, come la corrente d'acqua che vi scorre per entro può ricevere il nome generico di *flumen*.

§ 570. Oltre al *rivo*, troviamo nelle leggi romane menzione dei *solchi* così detti *acquarii*. In che differiscono essi dal *rivo*, e qual' è la precisa loro destinazione? Possono essi forse confondersi coi rivi destinati all' acquedotto? — A tutte queste interrogazioni possiamo soggiungere, che i solchi acquarii non si possono mai confondere coi rivi servienti all' acquedotto, sì perchè il loro ufficio è puramente di *scarico* per asciugare i terreni e far decorrere l' acqua piovana sovrabbondante, e che nuocerebbe alla vegetazione dei siti coltivati; e sì perchè la loro destinazione riesce puramente *tutelare*, e non propriamente *lucrativa*, come quella dei condotti delle acque. E qui conviene richiamare alla memoria quanto fu da noi esposto ai Capi XXI. e XXIII. del Libro I. dell' antecedente Parte, nella quale distinguemmo i servigi e le funzioni materiali delle

---

deum, perocchè il cemento signino non è sinonimo di *sasso*. *Signa* era una città o borgata nel paese dei Volsci, i cui vasi di terra cotta (*testae*) erano assai ricercati per la qualità della terra della quale erano composti; imperocchè coi rottami pesti di questi vasi, uniti con calcina, si facevano tanto durevoli pavimenti, quanto un ottimo cemento per rattener l' acqua. Il nome del paese nel quale si fabbricavano questi vasi, tegole, lucerne, o altre cose di terra cotta (*fictile*), diede pure il nome ai pavimenti e alle incrostature e cementi nei quali entravano questi rottami pesti uniti a calcina. Quindi *signinum opus* fu denominata per antonomasia ogni fattura che eseguivasi con rottami pesti di terra cotta unita con calce. « Quid non excogitavit ars? » (dice Plinio) Fractis enim testis utendo sic » ut firmius durent, tusis, calce addita, quae » vocant *signina*, quo genere etiam pavimen» ta excogitavit (*). » Vitruvio fa più volte menzione di questa fattura (**). Frontino nella sua Opera sugli acquedotti ne fa spesso parola; ed anzi per esprimere l'uso fatto di questo cemento si serve della frase *signino circumjecto*. « Concipitur ergo via Collatia ad » milliarium VIII, palustribus locis. Signino » circumjecto continendarum scaturiginum » causa adjuvatur » (*).

Chi bramasse sapere con più precisione come si facesse questo cemento o incrostatura *signina*, lo può rilevare da Vitruvio nel detto Libro VIII., Capo ultimo. Qui diremo compendiosamente insegnar egli quanto segue. = Si prenda in primo luogo e si prepari arena purissima ed asprissima: preparinsi in secondo luogo piccoli pezzi rotti di selce (e qui si potrebbe forse aggiungere anche di quarzo); prendasi in terzo luogo ottima calce mordente (come sarebbe la piacentina); quindi si prendano cinque parti di arena, due di calcina, e si pongano in un mortajo, dove gagliardissimamente si mescolino. Si aggiungano quindi i pezzetti silicei, e si pestino in compagnia. =

(*) Lib. XXXV. Cap. XIII. - (**) Lib. II. Cap. IV., e Lib. VIII., Capo ultimo.

(*) Vedi l' edizione del Poleni, pag. 46.

acque; nonchè le osservazioni preliminari inserite nel Capo I. Libro III. della stessa Parte. I solchi acquarii, di cui parlano le leggi, appartengono soltanto all'azione e ragione *difensiva* delle acque.

A fine poi di comprendere che cosa le leggi romane abbiano inteso indicare col nome di *solchi acquarii*, ecco il testo tratto dalla leg. 1. del Digesto *De aqua et aquae pluviae arcendae*. Ivi in più luoghi di detta legge dicesi: « Fossas agrorum siccandorum causa factas, Mucius ait fun» di colendi causa fieri... Sed et si quis arare et serere possit sine sulcis » aquariis teneri eum etc.... Sulcos tamen aquarios, qui ELICES appellan» tur, si quis faciat, aquae pluviae actione eum teneri. » Nel testo fiorentino la parola *elices* fu posta in greco; ma, come saviamente avvertì il Gottofredo, fu malamente apposta. « Florentinam vix probare possim » quatenus vox *elices* graece scribitur. Si quidem id verbum ea signifi» catione non reperio a graecis usurpari. De elicibus Columella (Lib. II. » Cap. VIII.): Cavebitur, inquit, ut patentes liras (1) crebrosque sulcos » aquarios, quos nonnulli *elices* vocant, faciamus, atque omnem humo» rem in colliquias, atque inde extra segetes derivemus. Sic Festus *eli» ces* sulci aquarii, per quos aqua collecta educitur e liris » (2).

Qui il nome di *colliquias* è sinonimo dei canali scaricatori dei terreni colti. Con tutti questi nomi vedonsi dai Romani indicati i canali *scaricatori* delle acque, e dell'umidità sovrabbondante nociva alla vegetazione ed alla prosperità dell'agricoltura. Non dobbiamo dunque confondere i *solchi aquarii*, o gli *elici*, o le *colliquie*, col *rivo* che serve alla *condotta* delle acque; ma considerare questi solchi come puri canali *scaricatori* per asciugare le campagne coltivate, e guarentirle dalla soverchia umidità.

CAPO XVI.

Continuazione. Delle fistole. Loro differenza dai tubuli. Loro particolarità.

§ 571. Se dall'alto d'una collina scorre a fior di terra un ruscello scoperto, e, giunto nella valle, trovi a fronte un altro terreno elevato,

(1) Columella sotto il nome di *lira* intende la *porca*, vale a dire quel cumulo di terra elevato intercetto fra due solchi. Esso nel Libro I. Cap. IV. dice: « *Liras* rustici vocant » easdem porcas cum sic aratum est, ut in» ter duos latius distantes sulcos medius cu» mulus siccam sedem frumentis praebeat. » Lo stesso Columella al Lib. II. Cap. III.: « Est autem lira similis ei porcae, quam in » sationibus campestribus rustici faciunt, ut » uliginem vitent. » Finalmente nel Lib. II. dice: « Prius jaciemus semina, deinde pro» scindemus terram, proscissamque in liram » revocabimus. »

(1) Giuseppe Scaligero, nel commentare il Festo alle parole *elices, elicatores*, adotta la correzione del Gottofredo al testo fiorentino. — Vedi Alciato, *Praeter*. Lib. II. Parergon 24. — Antonio Agostino *Enaend*. 4. n.° 16.

egli o devierà dal suo corso, o stagnerà a guisa di lago. Se per lo contrario la corrente sarà chiusa o in un cannone o in un canale angusto adatto alla mole di quello, egli potrà risalire pressochè tant' alto quanto egli discese, e così via via essere condotto per retto cammino sul dorso delle colline meno elevate che succedono alla prima. Ecco ciò che fu sempre praticato e si pratica tuttavia nei monti, nei colli, ed anche nei piani, per condurre l' acqua dei fonti a luoghi destinati. Questi cannoni possono essere di materie diverse, come, per esempio, di legno, di cotto, di piombo (1). Un surrogato in grande a questi cannoni sono i condotti coperti, chiamati *specus* o *cuniculi*, dei quali sopra abbiamo parlato. Questi *cannoni conduttori delle acque* sono spesso mentovati nelle leggi romane, e vengono designati sotto il nome di FISTULAE (2). Anche al giorno d' oggi nello Stato romano si usa il nome di *fistole*, e l' acqua di fonte si ripartisce e si dispensa eziandio colle fistole, come ne fa fede il nostro Barattieri (3).

La *forma* di queste fistole era ordinariamente *rotonda*; dico *ordinariamente*, perocchè dagli scavi fatti in Roma troviamo fistole di altra forma. Un esempio ci viene riportato da Alessandro Donato, il quale racconta che allorquando si scavarono le fondamenta della chiesa di santo Ignazio fu trovata una immane fistola di piombo, che avea una bocca assai larga, e che pareggiava i maggiori calibri dei cannoni da guerra. La bocca di questa fistola e di altre minori era fatta a guisa di pero spaccato in mezzo. Sul fianco d' una di queste fistole leggevasi una iscrizione in carattere fuso, di cui ecco le parole: NARCISSI AUG. LIB. AB. EPISTUL. La quale indica il nome di Narciso liberto di Augusto, e segretario delle sue lettere (4).

§ 572. Egli è per altro osservabile che quando i cannoni conduttori, benchè di diversa capacità, erano al di sotto d' un certo calibro, lasciavano il nome di *fistole*, e pigliavano quello di *tubuli* o di *cannoncelli*. Nella leg. 13. Dig. *De servit. urb.* troviamo menzione di questi *tubuli*, i quali applicati ai muri nuocevano col loro eccessivo calore. Ma in un Senato-consulto noi li troviamo mentovati anche per condurre acqua. «Qui-

---

(1) Vedi la leg. 15. Dig. *De servitut. rust.* Leg. 6. Cod. *De aquaeductibus.* Veggansi anche Vitruvio, Lib. VIII. Cap. VII.; e Palladio, Lib. IX. Cap. XI.

(2) Vedi le seguenti leggi.

Leg. 47. Leg. 49. D. *De contrahenda emptione.* Leg. 38. § ult. D. *De actione empti.* Leg. 17. *De servitutibus urb.* Leg. 41. § *item hoc prohibetur* D. *De legatis,* Lib. I. Leg. 13. D. *Si servitus vindicetur.*

(3) *Architettura d' acque,* Vol. II. Parte II. Lib. II. pag. 31. Codogno 1663.

(4) Vedi la tav. II. fig. 2.

» cumque post hanc legem rogatam rivos, specus, fornices, fistulas, TU-
» BULOS, castella, lacus aquarum publicarum, quae ad urbem ducuntur,
» sciens dolo malo foraverit, ruperit, etc. » Questo Senato-consulto viene riportato da Frontino, art. 129, pag. 220 e seguenti dell' edizione del Poleni. Da ciò si comprende che la *fistola* romana era un grosso cannone conduttore, che distinguevasi dai *cannoncelli* o *tubuli*. Presso noi Italiani distinguesi il nome generico di *tubo* o *canna* da quella specie di tubi che servono a trasmetter l' acqua: a questi si dà il nome di *doccie* e *doccioni*. Pier Crescenzio nel suo Trattato d' agricoltura, che fa testo di lingua, nel Libro I. Capo IX. n.° 1. ha il seguente passo: « Quando
» l' acqua si vuole per alcun condotto menare, bisogno è che si meni per
» *condotto murato*, o per *cannoncelli di piombo*, o per canali di legno,
» o per *doccioni* di terra cotta. » I primi corrisponderebbero agli *specus*, i secondi alle *fistulae*, i terzi ai *tubuli*. Lo stesso Crescenzio soggiunge al n.° 2: « Più salutevole ed utilmente si mena per *doccioni* di terra
» cotta, li quali due dita sieno grossi, e dall' un lato siano appuntati in
» tal maniera, che l' uno possa entrare nell' altro un palmo almanco. »
Veggasi su ciò anche il Palladio, Cap. XVIII. Di qui si vede che la *fistula* per acquedotti dei Romani, distinta dal *tubulus*, corrisponde al pretto *doccione* italiano.

§ 573. Codeste fistole o cannoni conduttori avevano le pareti di diversa grossezza, a norma della varia loro capacità; imperocchè la spessezza delle pareti di questi cannoni tanto più aumentavasi, quanto era maggiore la loro capacità (1). Noi ignoriamo quale regola generale seguissero i Romani nel fissare la grossezza delle pareti delle fistole. Sembra però che nelle questioni che potrebbero insorgere sì per la *conservazione* come per la *sicurezza* altrui, debbasi por mente al teorema fissato dai moderni. Questo teorema è il seguente: « La resistenza e la fermezza
» dei tubi sono in ragione composta della ragione della tenacità della
» materia dell' uno alla tenacità della materia dell' altro tubo, della ragione
» della spessezza dell' uno alla spessezza dell' altro, e finalmente della ra-
» gione dell' altezza dell' un tubo alla ragione dell' altezza dell' altro. »
Questo teorema, ricavato dalla Foronomia di Giacomo Harmanno, pagina 143, e sul quale si occuparono già prima il Mariotti ed il Romerio, viene riportato dal Poleni (2). Esso potrebbe servire di lume allorchè usando dei cannoni di condotta si richiedesse la sicurezza e la durata,

(1) Veggasi il Poleni all' Opera di Frontino, art. 20. nota 3. pag. 73 - 74.

(2) *Ad Frontinum* pag. 74.

sia per procurare un vantaggio da una parte, sia per evitare un danno dall'altra. Quanto ai Romani, benchè manchiamo di una formola matematica, ciò non ostante troviamo in Vitruvio misure determinate per fissare un limite alla lunghezza e al peso di queste fistole in proporzione della loro capacità (1).

§ 574. In queste fistole ciò che può interessare la parte del *diritto* risguarda l'*erogazione sicura* della presa dell'acqua conceduta. Per assicurare che non venisse o dispensata o sottratta una quantità d'acqua maggiore di quella che fu accordata, venne stabilito che la prima parte delle fistole fosse, dirò così, autenticata mediante la fusione della fistola matrice, fatta sotto gli occhi e per opera dei distributori delle acque, e quindi segnata col bollo a rilievo impresso nello stesso metallo. Questa prima parte della fistola era quella che apponevasi alla bocca di estrazione, e veniva denominata CALICE (2). Questo calice, quando portava l'impronta, appellavasi *calix signatus* (3); quando poi questo calice segnato mancava, la fistola non era riconosciuta legittima: a tali fistole veniva imposto il nome di *fistulae solutae*, vale a dire senza il dovuto freno (4).

§ 575. A' giorni nostri nei grandi canali distributori non si usa certamente dispensare le acque per mezzo di queste fistole. Ciò non ostante un loro surrogato, almeno per quello che riguarda il *calice*, si possono considerare essere le trombe delle *bocche magistrali gattellate*, vale a dire *cautelate*; perocchè alla porta-cateratta, sia per pubblica utilità, sia per convenzione privata, viene apposto un *inciampo segnato*, onde non alzare la cateratta oltre un certo limite, come si spiegherà più amplamente a suo luogo. A queste cateratte cautelate si potrebbe appunto apporre

(1) Vedi Vitruvio, Lib. VIII. Capo VII.; Plinio, Lib. XXXI. Capo VI.

(2) Nell'Opera di Frontino, all'art. 36, ecco come viene descritto e definito il calice: « Est autem calix modulus aeneus, qui rivo » vel castello induitur: huic fistulae applican- » tur. Longitudo ejus habere debet digitos » non minus duodecim; lumen, idest capaci- » tas, quanta impetrata fuerit. » Alla frase *huic fistulae applicantur* soggiunge saviamente Poleni: *seu cum hac fistula, quae* calix *dicitur, fistulae continuantur*. Con ciò si spiega meglio quanto era in uso presso i Romani per assicurare la giusta erogazione. Imperocchè il cannone, che veniva dopo, doveva avere lo stesso diametro e la stessa spessezza del calice, e però il calice non era propriamente che il primo tronco della medesima fistola.

(3) Questa denominazione è autenticata in primo luogo da Frontino alla pag. 196 della detta edizione del Poleni, e poscia dalle leggi inserite tanto nel Codice Teodosiano, quanto nel Giustinianeo.

(4) « In quorumdam fistulis ne calices qui- » dem positi fuere: hae fistulae *solutae* vo- » cantur; et ut aquario libuit, laxantur vel » coarctantur » dice Frontino all'art. 113, pag. 199 della edizione del Poleni.

il nome di *portae cateractae signatae*, e quindi alla tromba coperta quello di *calix signatus*. Dove poi manca il così detto *gattello* assicurato, si potrebbe applicare il nome di *cateractae solutae*, e di *calices non signati* (1).

§ 576. Un'ultima particolarità degli acquedotti del Diritto romano sono quegli spiragli, o sfiatatoi, o tubi esalanti, posti tratto tratto alle grotte di lungo corso, a fine di dare sfogo all'aria che potesse condensarsi nelle assai prolungate gallerie, entro le quali scorre l'acqua; e ciò per togliere quei ritardi, quelle interruzioni e quelle rovinose dilatazioni, le quali potrebbero essere prodotte dall'aria imprigionata entro gli acquedotti medesimi. Questi *spiragli* ricevevano presso i Romani il nome di *aestuarii;* e ne veggiamo anche oggi l'esèmpio nel condotto che porta l'acqua alla fontana pubblica della città di Faenza, del quale troviamo la descrizione nell'Alberti.

Di questi *esalatori* o *aestuarii* troviamo menzione in Frontino alla pag. 159 dell'edizione del Poleni. Come vengano costrutti e muniti lo spiega il detto Alberti al n.° 534.

Questo basti a spiegazione delle particolarità dei condotti mentovati dalle leggi romane. Quanto alle costruzioni *moderne*, le quali possono formare oggetto di diritto e di contestazione, ne parleremo allorchè tratteremo della *effezione* della ragione dell'acquedotto.

CAPO XVII.

Dei varii predicati delle acque secondo il Diritto romano.
Primo predicato comune.

§ 577. Ciò che abbiamo esposto fin qui versa principalmente sui *recipienti*, sugl' *impellenti* e sui *condotti* delle acque correnti, considerati giusta quelle particolarità delle quali vien fatta menzione nelle leggi romane, onde agevolare la loro intelligenza nei varii casi delle civili contestazioni. Parlando dei *condotti*, nei quali si comprendono tanto gli *scoperti*, quanto i *coperti*, abbiamo notato, secondo i Romani, la *mate-*

(1) Per istruzione dei leggitori si osservi la tav. VI. fig. 1. Ivi A B C D rappresenta la cateratta, in Lombardia appellata *paradora*, e oltre il Po *berlina*. In mezzo ad essa il legno conico rilevato, segnato E, è il così detto *gattello*. Ora si finga che questa cateratta sia immessa nella bocca di pietra (fig. 2) a modo d'incastro, onde salire e scendere. Egli è certo che, alzata la cateratta, e trovando l'obice del gattello, la porta-cateratta non potrà alzarsi più di quello che viene presentato nella figura 2. Questi *gattelli* vengono fissati più *in alto* allorchè si vuole concedere *minor* quantità d'acqua; vengono fissati più *al basso* allorchè se ne vuol concedere una quantità *maggiore*.

ria, la *forma*, la *capacità*, la *solidità*, la *posizione*, l'*andamento* ec., perocchè su tutte queste particolarità occorrono o possono occorrere casi interessanti. Colla stessa diligenza dobbiamo distinguere i predicati diversi dati alle *acque*, onde intendere poscia le decisioni di Diritto. Noi dunque distingueremo i predicati che riguardano i *diversi modi di essere* dai predicati che riguardano il *modo di usare* delle acque per ciò solo che spetta all'intelligenza delle leggi romane.

§ 578. Dapprima avvertiamo, che noi non dobbiamo parlare di quelle acque le quali cavate, per esempio, da un pozzo, attinte da un fonte, da un canale, da un fiume, vengono usate, e poi gettate o scaricate per opera dell'uomo; ma bensì delle acque per *naturale spinta correnti*. Quando questa corrente *sia unita*, allora nel linguaggio delle leggi appellasi *flumen*, qualunque sia la grossezza o la piccolezza della corrente. Il predicato dunque di *flumen* non è ristretto a quelle correnti che noi volgarmente chiamiamo *fiumi*, ma abbraccia qualunque *corrente unita*, che movesi per ispinta naturale. Questo nome di *flumen* nelle leggi romane non è nemmeno ristretto alle sole correnti che *sorgono* dalla terra; ma comprende eziandio il *flusso seguíto* dell'acqua cadente dal cielo sopra i tetti delle case, sia che venga scaricata per via di canali o cannoni che la gettano dall'alto di un tetto, sia che venga guidata con tubi lungo i muri degli edificii, e portata sul suolo, o trasmessa a sotterraneo condotto o serbatojo.

Questo è così vero, che se io avessi diritto di scaricare la detta corrente nel fondo del mio vicino, a me competerebbe la ragione attiva, ed il vicino sarebbe caricato dall'onere della servitù appellata SERVITUS FLUMINIS; la quale non distinguesi da quella dello *stillicidio*, se non perchè si pensa che nella prima l'acqua si scarica per via di corrente seguíta, e nella seconda per via di gocce o sgorghi staccati (*guttatim et stillatim* (1)). Benchè la *servitus fluminis* venga così denominata nelle leggi romane, parlando solo delle urbane servitù; ciò non ostante può applicarsi anche al diritto di semplice *scarico* d'un'acqua da un fondo campestre in un altro.

§ 579. La servitù o l'ufficio di semplice *scarico* distinguesi da quello di acquedotto, non per la spinta dell'acqua corrente, la quale in amendue deve essere opera della natura, ma bensì per la destinazione e dire-

(1) La prova di tutte le osservazioni fatte fin qui si può ricavare dalla lettura paragonata delle seguenti leggi. Leg. 1. e 20. § *Stillicidium*, e leg. 28. Digest. *De servitutibus urban.* Leg. 13. Digest. *Si servitus vindicetur.* Leg. 1. § *Item sciendum* Dig. *De aqua et aquae pluviae arcendae.*



zione dell'uomo. Il *modo di essere* in amendue è sempre quello di *corrente per ispinta naturale;* ed in questo senso il predicato fondamentale e comune dei Romani è quello di *flumen*, come notò già Emilio Gallo nel dare il significato delle parole che servono al Diritto (1). Questo modo di essere dovrà, tanto pel fatto quanto pel diritto, nella materia dell'acquedotto ritenersi come fondamentale e perpetuo; e però, parlando di acque vive o colatizie (*vivae* o *superfluentes*), trasmesse o perdute (*emissae* o *caducae*), si dovrà sempre ritenere che questi non sono che modi d'essere subalterni, ai quali sta sempre sotto un'acqua per *ispinta naturale corrente*, appellata *flumen*.

§ 580. Ma sebbene il nome *flumen* si possa appropriare tanto ad una primitiva corrente di acqua *piovana*, quanto ad una corrente che *scaturisce* dalla terra; ciò non ostante nelle leggi romane con predicati diversi fu distinto il successivo modo d'essere di queste due acque. Imperocchè ad una massa *raccolta* d'acqua piovana la legge oppone l'acqua *viva*, sia che scaturisca sotto terra, sia che scaturisca di sopra. *Acque vive* ed *acque morte* sono due predicati distinti, il primo dei quali si verifica nei *pozzi*, ed il secondo nelle *cisterne*. Veggansi su ciò le leggi 1. § 4. Dig. *De fonte*, e la legge 2. Dig. *Quod vi aut clam*. Questa denominazione di *acque vive* e di *acque morte* si usa anche presso noi nel parlare delle irrigazioni; perocchè somministrandosi da una bocca d'un canale di acqua viva quella data quantità che abbisogna, e chiudendosi la bocca, s'interrompe, anzi si toglie la continuazione della spinta originale e perpetua; e però la vita e la spinta dell'acqua viene *troncata*, e quindi l'acqua divien morta. Egli è perciò che agli scoli delle irrigazioni si dà il nome di *acque morte*.

CAPO XVIII.

Delle acque scolatizie, delle salienti, e delle sfuggite o perdute.

§ 581. Nella legge 1. del Digesto, sotto il titolo *De aqua et aquae pluviae arcendae*, trovasi il seguente passo: « Iidem ajunt aquam plu- » viam in suo retinere, vel superfluentem (2) ex vicini in suum derivare, » dum opus in alieno non fiat, omnibus jus esse. » Benchè si voglia sostituire la parola *superficientem*, che leggesi nel testo fiorentino, ciò

(1) Apud Festum, Lib. XVIII.

(2) Io seguo la correzione di Aloandro, piuttosto che la lezione del testo fiorentino, la quale invece di *superfluentem* pone *superficientem*. Ma sia coll'una, sia coll'altra denominazione, qui s'intendono sempre le acque scolatizie.

non ostante s'indica sempre un'acqua *ridondante*, la quale rimane non assorbita da un terreno, e che per conseguenza quando abbia un pendìo, decorre e scola sopra altro terreno. A questa specie di acque si attribuisce il nome assoluto di *scolature*, o di *acque scolatizie*.

Il predicato di *scolatizie*, come ognun vede, deriva da un modo particolare e materiale di essere che contraggono le acque vive, particolarmente dopo avere irrigato un fondo. E però questo è un predicato subalterno alle acque correnti, denominate *flumina*, come sopra si è veduto.

§ 582. Nella leg. 15. Dig. *De actionibus empti* leggesi il seguente passo di Ulpiano: « Lines, labra, *salientes*, fistulae quoque, quae salientibus » junguntur, quamvis longe excurrant, extra aedificium aedium sunt. » Sotto nome di *acque salienti* dalle leggi romane si comprendono quelle acque le quali schizzano fuori da cannoncelli e fistole, ossia doccioni, che le gettano in alto, e perciò in varie forme anche abbellite, formano le così dette *fontane artificiali.* Noi troviamo menzione di queste acque salienti pei così detti *cantharis*, ossia vasche, *vel rostris personarum.* Di ciò veggiamo fatta parola nella leg. 41. § 11. Dig. *De legatis*, Lib. I., nella leg. 17. § 9. Dig. *De actionibus empti.* Delle acque poi salienti in generale leggiamo disposizioni di legge nel Digesto, e così per esempio nella leg. 79. Dig. *De verborum significatione*, nella leg. 12. § 24. *De instruct. vel instromento legato.*

Sotto il nome di *salienti* piacque ad alcuni comprendere solamente i *tubi*, che gettano acqua in su, ossia che la fanno salire. Ma ponderando meglio l'applicazione di questo nome, si trova che quando venga preso come *sostantivo* assoluto, egli significa propriamente un *edificio* qualunque, che getta acqua per via di *ascensione.* Una prova luminosa ne viene somministrata dal seguente Senato-consulto, riportato da Frontino all'articolo 105.

QVOD · Q · AELIVS · TVBERO · PAVLVS · FABIVS · MAXIMVS · COSS · V · F · DE · NVMERO · PVBLICORVM · SALIENTIVM · QVI · IN · VRBE · ESSENT · INTRAQVE · AEDIFICIA · VRBI · CONIVNCTA · QVOS · M · AGRIPPA · FECISSET · Q · F · P · D · E · R · I · C (1) · NEQVE · AVGERI · PLACERE · NEC · MINVI · NVMERVM · PVBLICORVM · SALIENTIVM · QVOS · NVNC · ESSE · RETVLERE · II · QVIBVS · NEGOTIVM · A · SENATV · EST · IMPERATVM · VT · INSPICERENT · AQVAS ·

(1) Queste otto sigle, che sono di formulario di quasi tutti i Senato consulti, vengono distese e tradotte in questa maniera: QUID FIERI PLACERET DE EA RE ITA CENSUERUNT.

PVBLICAS · INIRENTQVE · NVMERVM · SALIENTIVM · PVBLICORVM · ITEMQVE · PLACERE · CVRATORES . AQVARVM · QVOS · S · C · CAESAR · AVGVSTVS · EX · SENATVS · AVTHORITATE · NOMINAVIT · DARE · OPERAM · VTI . SALIENTES · PVBLICI · QVAM · ADSIDVISSIME . INTERDIV · ET . NOCTV · AQVAM · IN · VSVM · POPVLI · FVNDERENT.

Dalla lettura di questo Senato-consulto è per sè manifesto che qui si tratta delle fontane che gettavano acqua appunto ad uso del pubblico, come si vede anche oggi in molte città.

§ 583. L'essere una corrente di spinta naturale, sia da fiume, sia da fontanile, o da altra naturale sorgente sospinta per un sifone, di modo che esca come vedesi nelle fontane artificiali, deriva dalla forza comunicatale dalla natura; e però questo è un *modo di essere* subalterno a quello delle correnti contemplate dalle leggi. Esse diffatti non si occupano di que' giuochi d'acqua che si possono eseguire con acque attinte e tratte, e conservate in serbatoi precarii; ma unicamente di quelle le quali nell'ordinario commercio della vita si sogliono usare, sia per l'agricoltura, sia per l'industria, sia per altri usi campestri o domestici.

§ 584. Se da un rivo scoperto destinato alla condotta di un'acqua ne *trabocchi* qualche quantità; se da una chiusa o da una cateratta, o da altro riparo fatto per frenare un'acqua, ne sfugga qualche quantità, e venga perduta; se finalmente da un condotto murato o da una doccia ne esca per qualche crepatura un filo, od altra quantità; in tutti questi ed altri simili casi si ha una *dispersione* d'acqua. In tali casi l'acqua dispersa, e sfuggita dalla destinazione a lei data, riceve un modo di essere, al quale i Romani attribuiscono il nome di *aquae caducae*, appunto perchè cadono fuori del luogo loro destinato. Nei regolamenti sanzionati dagli Imperatori, ed imposti al Capo supremo che presiedeva agli acquedotti di Roma, troviamo quanto segue:

CADVCAM · NEMINEM · VOLO · DVCERE · NISI . QVI · MEO · BENEFICIO · AVT · PRIORVM · PRINCIPVM · HABENT . NAM · NECESSE · EST · EX · CASTELLIS · ALIQVAM · PARTEM · AQVAE · EFFLVERE · CVM · HOC · PERTINEAT · NON . SOLVM · AD . VRBIS · NOSTRAE · SALVBRITATEM · SED · ETIAM . AD · VTILITATEM . CLOACARVM · ABLVENDARVM.

Quest'ordine imposto al curatore degli acquedotti viene riportato da Frontino, il quale spiega appunto il significato di *caducam* preso assolutamente. « Impetrantur autem (dice egli) et eae aquae, quae *caducae* » vocantur, idest quae aut ex castellis effluunt, aut ex manationibus fistu-

» larum: quod beneficium a Principibus parcissime tribui solitum » (1) Altrove lo stesso Frontino chiama queste acque col nome di *pereuntes aquae*. Ma nel linguaggio legislativo il termine di *caducae* sembra essere l'unico adottato (2). Anche da Varrone fu adoperato lo stesso nome di *aquae caducae* per indicare quelle che traboccano, cadono, e si disperdono contro la destinazione loro fissata (3).

Questo basti per designare i predicati dati dai Romani alle acque correnti di uso civile, in quanto essi predicati si riferiscono ai *modi* materiali d'*essere* di tali acque. Il Pecchio, dopo il Cipolla, agita una lunga questione su queste acque caduche, come si vedrà a suo luogo. Così pure dovremo esaminare altre quistioni che si riferiscono a questi *modi d'essere* di tali acque. Qui non abbiamo altro scopo, che di facilitare l'intelligenza delle diverse leggi, le quali fanno menzione di questi *diversi modi d'essere*, interressanti i privati. Ora ci conviene accennare i predicati che riguardano l'*uso di fatto* delle acque private, sempre in relazione alla loro condotta. Anche qui ci atterremo strettamente a quei predicati che furono adoperati nelle leggi romane, senza estenderci ad altri usi che si potrebbero immaginare.

---

(1) Art. 110 e 111, pag. 195, edizione del Poleni.

(2) « Ne pereuntes quidem aquae otiosae » sunt: alia jam munditiarum facies; purior » spiritus; et causae gravioris coeli, quibus » apud veteres urbis infamis aer fuit, sunt remotae.» Qui, come vedesi, Frontino concorda col divieto imposto dagli Imperatori di non accordare ai privati l'uso di queste acque disperse, posto che anch'esse giovavano cotanto alla salubrità dell'atmosfera di Roma. Su questo particolare si può vedere eziandio l'Opera del celebre medico Lancesio, intitolata *De nativis deque adventitiis romani coeli qualitatibus*, alla pag. 110. Qui però nota il Poleni, che la cattiva aria di Roma, secondo le sue congetture, non dipendeva altrimenti dalla qualità naturale dell'atmosfera, ma bensì dal non aver modo onde purgare le immondizie, che nascere e ringorgare dovevano in una popolatissima città, senza il sussidio delle acque, che furono indi procurate specialmente ai tempi di Augusto per opera di Agrippa, che fu il primo fra i *curatores aquarum* sotto gl'Imperatori.

(3) *De re rustica*, Lib. IV. Capo V. Il dotto Scaligero, annotando il quarto Libro dello stesso Varrone, *De lingua latina*, definisce queste acque caduche dicendo: *aquae ex dividiis, seu castellis et fistularum manationibus fluebant.* — Non conviene confondere queste acque *disperse* colle acque *straripate* o *non frenate*, nocevoli ai vicini, conosciute nel Diritto romano sotto il nome di *effluxiones*. Contro queste vegliar dovevano gli Edili romani, affinchè non recassero guasto. « Aediles studeant (dice Ulpiano nel» la leg. 1. Dig. *De via publica*) ut quae se» cundum civitates sunt viae adaequentur, » et effluxiones non noceant domibus, et pon» tes fiant ubicumque oportet. »

CAPO XIX.

Dei predicati risguardanti l'uso delle acque secondo il Diritto romano.

§ 585. Nell'uso delle acque, in quanto può formare oggetto di legislazione e di giurisprudenza, si suole prendere in considerazione specialmente il *tempo*, in quanto segna la *durata* dell'uso; e la diversa *massa*, in quanto ne segna la rispettiva *quantità* o goduta o accordata o posseduta. Il *tempo dell'uso* e la *quantità della cosa usata* somministrano alle acque predicati diversi, i quali conviene ben conoscere, onde determinare ciò che è di ragione nei casi occorrenti, sia dei contratti, sia dei giudizii civili.

§ 586. Quanto al *tempo* di usare delle acque in materia appunto di acquedotto, i Romani distinsero l'acqua *quotidiana* dalla *estiva*, la *diurna* dalla *notturna*. La *quotidiana* è quella della quale taluno può usare ogni dì, se vuole, e che si può condurre assiduamente, sia d'estate, sia d'inverno. « Quotidiana autem aqua non est illa quae cottidice ducitur, » sed ea qua quis cottidice uti posset, si vellet. Quamquam cottidianam » interdum hyeme ducere non expediat, etsi possit duci » dice la legge 1. § 2. Dig. *De aqua quotidiana et aestiva*. Il *potere di fatto* di condurre in tutti i giorni un'acqua, ecco ciò che fa nascere il predicato di *quotidiana* all'acqua. Dico *il potere di fatto*; perchè trattandosi di possesso, al quale allude il Pretore, si pone mente al *fatto*, riservandosi a discutere poscia il *diritto*. Questo *potere di fatto* nasce dal corso possibile quotidiano dell'acqua, come l'*uso di fatto* nasce dalla volontà e dall'opera dell'utente. Leggasi tutto il titolo *De aqua quotidiana et aestiva*, la leg. 15. Digest. *De servit. rustic. praed.*, e la leg. 7. *Quemadmodum servitutes amittantur*; e si troverà la verità di questo concetto annesso al predicato di *acqua quotidiana*.

§ 587. Qui conviene fare un'osservazione importante sul senso delle leggi romane; ed è, che i predicati di *quotidiano* e di *estivo* non vengono dedotti dal diritto, ma unicamente dal semplice fatto, od anche dalla potenza stessa di fatto, come si spiegherà e proverà tantosto.

Havvi però differenza fra l'acqua assolutamente e strettamente *continua*, e l'acqua semplicemente *quotidiana*. Col nome di *continuo* s'intende l'uso, almeno per potenza, non interrotto da alcuna pausa od intervallo; e però, che in qualunque ora e momento del giorno si può di fatto esercitare. Col nome poi di *quotidiano* s'intende soltanto una presa ed un uso anche interrotto di un'acqua, che si possa effettuare dentro il

periodo della giornata. *Et si alternis horis vel una hora quotidie duci possit*, quotidiana *servitus ducitur*, dice la legge 7. *Quemadmodum servitus amittatur.*

§ 588. Da questo paragone risulta, che il predicato di *quotidiana* o di *uso quotidiano* non inchiude per sè stesso il predicato di *continuo*, perocchè un'acqua può essere quotidiana ed interrotta; per lo contrario un'acqua continua esclude essenzialmente qualunque interruzione. Passiamo all'acqua *estiva*.

Il giureconsulto Nerazio, volendo ben definire e distinguere quale sia il senso annesso al predicato di *acqua estiva*, di cui parla l'editto del Pretore, propone quattro aspetti o causali, in conseguenza delle quali si potrebbe attribuire all'acqua il predicato di *estiva*. Il primo motivo si è quello del *diritto d'usarne;* quindi domanda se possa dirsi *estiva*, secondo la mente del Pretore, quell'acqua, della quale *io avrei diritto di usare* soltanto in estate. In secondo luogo domanda se possa dirsi *estiva* quell'acqua che taluno avesse *intenzione* ed avesse *progettato* di usare solamente d'estate. In terzo luogo domanda se debba dirsi *estiva* quell'acqua, la quale *di fatto* non *può* essere condotta fuorchè in tempo di estate. In quarto luogo finalmente domanda se debba dirsi *estiva* quell'acqua, la quale per l'*utilità* dei fondi, a cui viene condotta, *conviene* usare solamente d'estate. Di questi quattro motivi o titoli, pei quali si potrebbe attribuire il predicato di *estiva* ad un'acqua condotta, il giureconsulto Nerazio rigetta i due primi, e si attiene ai due ultimi, come i soli contemplati dall'editto del Pretore. Ecco le sue parole. « De interdicto » de aqua aestiva, item quotidiana, quaerentes, primum constituendum » existimavimus, quae esset aqua aestiva, de qua proprium interdictum » ad prioris aestatis tempus relatum reddi solet: hoc est, aestiva aqua » utrumne ex jure aestivo dumtaxat tempore utendi diceretur; an ex » mente propositoque ducentis, quod aestate eam ducendi consilium ha» beret; an ex natura ipsius aquae, quod aestate tantum duci posset; an » ex utilitate locorum in quae duceretur. Placebat igitur aquam ob has » duas res, naturam suam, utilitatemque locorum in quae deducitur, pro» prie appellari: ita ut, sive ejus natura erit, ut nisi aestate duci non » possit, etiam si hyeme quoque desideraretur, sive omni tempore anni » duci eam ipsius natura permitteret, si utilitas locorum (1), in quam du» citur, aestate dumtaxat usum ejus exigeret, aestiva recte diceretur. » Leg. 6. Digest. *De aqua quotidiana et aestiva.*

---

(1) *Alias male legitur personis,* qui nota il Pothier nelle sue Pandette a questo titolo.

§ 589. Da questo responso del giureconsulto Nerazio si vede che il predicato di *estiva* dato all'acqua non è derivato nè dal *diritto* dell'utente, nè dalla *destinazione* puramente *decretata*; ma bensì dalla *possibilità* effettiva e dalla *convenienza* di usarne. Dunque il predicato di *estiva* riducesi ad un predicato di mero *fatto*, dedotto sia dalla *potenza fisica* risultante dalle circostanze naturali di potere aver acqua in tempo di estate, sia dal *bisogno del fondo* di aver acqua appunto nel tempo di estate. In breve, acqua estiva è quella che *corre* o *è condotta* solo di estate: ecco l'ultimo senso delle leggi romane. Il *perchè* poi corra o sia condotta solo d'estate, forma oggetto di separata ricerca. Basti sapere che qui si pone mente al solo fatto del corso o della condotta, senza cercare se ciò avvenga a dritto o a torto. Questa spiegazione è sommamente decisiva per l'intelligenza e l'applicazione delle leggi romane in fatto di acquedotto.

§ 590. A prima giunta a qualche lettore parrà alquanto singolare il senso limitativo del predicato di *estiva* dato dai giureconsulti romani che si occuparono a spiegare l'editto del Pretore; ma considerando bene addentro la cosa, scorgesi di leggieri che, volendo fissare un criterio per decidere le questioni di *possesso*, conveniva attenersi al significato di *puro fatto*, onde stabilire e pronunciare a termini di ragione. Un possesso di fatto, e di fatto esterno, e suscettibile di prove, esige appunto connotati esterni, i quali si possano far constare con prove di fatto. Ciò posto, la mera *intenzione*, od anche la manifestata e non eseguita *deliberazione* di un utente d'un'acqua non poteva cadere sotto la considerazione del Pretore. Parimente il titolo di diritto e l'azione giuridica conseguente, considerati per sè stessi, non potevano egualmente quadrare al puro possesso di fatto, quale era contemplato in questa parte dell'editto del Pretore. Dunque ne veniva la necessaria conseguenza, che tanto il titolo *intenzionale*, quanto il *giuridico* dovevano escludersi dal predicato di *estiva* dato all'acqua; e viceversa si dovevano ritenere i due titoli della *potenza fisica* e del *bisogno* del fondo di aver acqua in estate.

§ 591. Ma questo stesso bisogno in atto pratico ed in fatto di possesso nell'editto del Pretore venne considerato come esistente, mediante l'*uso effettivo* fatto dell'acqua dal padrone del fondo bisognevole dell'acqua medesima. E siccome quest'uso viene esercitato col *proposito deliberato* del padrone medesimo, così ne viene che per completare l'intenzione dell'editto del Pretore non si può considerare il bisogno del fondo in senso *astratto*, e diviso dall'*uso effettivo* dell'acqua; ma conviene contemplarlo in un senso concreto, ed unito coll'uso effettivo, e quindi

anche col proposito deliberato, eseguito, e per ciò stesso palese e capace di prova per parte del padrone del fondo bisognoso di acqua estiva. L'editto del Pretore parla del *fatto* della condotta di un'acqua. Ma un'acqua si conduce forse col mero proposito di condurla, o non piuttosto coll'effettiva direzione della corrente? Più ancora io domando, se colla sete di un terreno gli si conduca un'acqua, o non piuttosto ciò si faccia col volgerla sul medesimo. Finalmente domando, se col semplice *esistere* di un'acqua in tempo di estate, essa venga condotta dove piaccia, o non piuttosto ciò venga fatto colla direzione fisica ad essa comunicata. Sia pur vero che l'uomo non operi senza previa deliberazione; che il bisogno del mio terreno possa essere un motivo impellente; che alla fine io non possa condurre una cosa che non istà in mio potere: sarà sempre vero che, per condurre *effettivamente* un'acqua, ricercasi l'opera mia esterna, della quale nasca la data corrente verso un destinato e certo luogo. Allorchè dunque Nerazio parla del *bisogno* del fondo, si riferisce all'*uso* dall'acqua fatto *per questo motivo;* ed allorchè parla della *natura* dell'acqua, parla della *potenza* di condurla solamente in estate. *Limiti* dunque derivanti dal fatto dell'uomo, e *limiti* derivanti dal fatto della natura, sono quelli i quali restringono qui l'uso di fatto dell'acqua alla stagione estiva. Dunque l'*uso estivo* dell'acqua può essere reso tale sia dal *fatto della natura*, la quale non somministrasse acqua fuorchè in quella stagione; sia dal *fatto dell'uomo*, il quale possedesse fondi che non abbisognassero di acqua fuorchè in quella stagione. Ma tanto nell'uno quanto nell'altro caso l'uso è sempre un *atto positivo* dell'uomo, operato con proposito deliberato; di maniera che la mancanza dell'acqua in altre stagioni non è altro che un *impedimento* alla potenza; e il bisogno estivo dei fondi non è altro che un *motivo* alla volontà del conducente dell'acqua. Quindi la *causale* dell'*utilità* richiesta dai luoghi si riduce praticamente all'*uso* fattone nell'estate. Il modo quindi un po' astratto ed incompleto d'esprimersi di Nerazio deve essere compiuto e perfezionato tanto dalla ragione naturale della cosa, quanto dall'espressione positiva della legge.

§ 592. Rispetto alla natura della cosa, essa apparisce da sè medesima dalle cose ora esposte. Quanto poi all'autorità positiva, abbiamo in pronto il testo della legge prima dello stesso titolo. Ivi Ulpiano allegando il senso volgare dice: « Aestiva autem ea est, qua aestate sola uti expedit: sicuti » dicimus vestimenta aestiva, saltus aestivos, castra aestiva; quibus in- » terdum etiam hyeme, plerumque aestate utimur. » Ma qui soggiunge la propria sentenza sul significato legale del predicato di *aestiva* dicendo: « Ego puto probandum ex proposito utentis et ex natura locorum aquam

» aestivam a cottidiana discerni. Nam si sit ea aqua, quae perpetuo duci » possit, ego tamen aestate sola ea utar, dicendum est hanc aquam esse » aestivam. Rursum si ea sit aqua, quae nonnisi aestate duci possit, aesti- » va dicetur; et si ea sint loca quae natura non admittant aquam nisi » aestate, dicendum erit recte aestivam dici. »

Leggendo questo testo di Ulpiano parrà a primo tratto che colla causale *ex proposito utentis*, per la quale vuole qualificare estiva un'acqua, egli contraddica a Nerazio, il quale dichiara non doversi qualificare come tale *ex mente propositoque ducentis*, *quod aestate eam ducendi consilium haberet;* perocchè in Ulpiano il *propositum utentis* significa propriamente l'uso effettivo *deliberato* dall'utente, come vien fatto palese dalle parole seguenti *aestate sola ea utar.* Per lo contrario in Nerazio il *propositum* significa la sola intenzione, ed il solo progetto scompagnato dall'uso. Niuna contraddizione dunque havvi per questo lato fra Ulpiano e Nerazio.

Secondo Ulpiano, ciò che qualifica l'uso di un'acqua, o l'acqua stessa come estiva, è il fatto dell'uomo e la natura dei luoghi. Parlando dei luoghi, egli considera tanto quelli che *somministrano* l'acqua, quanto quelli che la *ricevono.* Allorchè o gli uni o gli altri non danno o non ricevono di loro natura acqua fuorchè di estate, egli è manifesto che la condotta rendesi impossibile in altre stagioni, e riesce possibile solamente in estate. Luoghi che non ammettano acqua fuorchè in estate, se ne possono fingere assai: tali sarebbero le conserve, altrimenti provvedute nelle altre stagioni. Quanto poi a' luoghi dai quali non si possa trarre acqua fuorchè d'estate (quando si possano figurare), non v'ha discrepanza d'opinione, nè circa il fatto, nè circa il diritto, fra Nerazio ed Ulpiano.

Che cosa dunque rimane? Che l'*utilità* o il *bisogno naturale* del luogo, il quale d'estate brama acqua, sia compreso nell'*uso* estivo dell'acqua; e però che la *causale* del bisogno indicata da Nerazio, ridotta a pratica, coincida colla *causale* dell'uso estivo assegnata da Ulpiano. Diffatti Ulpiano prescinde dal diritto, e considera il solo fatto dell'uso estivo. Restringendosi a questo fatto, egli esclude la *causale* della nuda intenzione o del progetto non eseguito di usar dell'acqua, come appunto fece Nerazio, e si attiene alla condotta effettiva contemplata dall'editto del Pretore, la quale in pratica suole essere determinata dal bisogno.

§ 593. Come noi abbiamo ricevuto dai Romani i nomi dei mesi che compongono l'anno, così pure abbiamo ricevuta la divisione astronomica delle quattro stagioni. Ma quanto all'uso ed ai bisogni prediali, essi divisero l'anno in due parti eguali, cioè estate ed inverno. L'estate inco-

minciava dall'equinozio di primavera, e finiva coll' equinozio d'autunno; l'inverno incominciava coll' equinozio d' autunno, e finiva coll' equinozio di primavera: quindi l'estate incominciava col 21 Marzo, e finiva col 21 Settembre; e l'inverno incominciava col 21 Settembre, e finiva col 21 Marzo. Ma questa divisione era applicata soltanto all' uso dell'acqua e ad altri analoghi oggetti. Eccone la prova. « Aestatem incipere (di- » ce Ulpiano) sic peritiores tradiderunt ab aequinoctio verno, et finiri » aequinoctio autumnali; et ita senis mensibus aestas atque hyems di- » viditur » (1). Quindi il periodo estivo nell' uso delle acque, secondo il Diritto romano, è di sei mesi, cioè dal 21 Marzo al 21 Settembre d'ogni anno. Presso noi l'acqua estiva distinguesi dalla invernale quasi nella stessa maniera come presso i Romani.

§ 594. L' uso dell'acqua estiva e della jemale non viene veramente praticato fuorchè negli oggetti di agricoltura, e propriamente per le irrigazioni. La estiva principia col 25 Marzo, e termina cogli 8 Settembre. E siccome il 25 Marzo è segnato nel Calendario cattolico come giorno dell'Annunziazione, e l' 8 di Settembre come giorno della Natività di Maria Vergine; così dal volgo si suol dire che l'acqua estiva principia dalla Madonna di Marzo, e finisce colla Madonna di Settembre.

L' acqua jemale quindi comincerebbe dall' 8 Settembre di un anno, e durerebbe fino all' equinozio dell' anno seguente. L' uso dell' acqua jemale ad oggetto d' *irrigazione* è appena conosciuto nei luoghi dove vengono praticati i prati così detti *a marcita*. Questi in pochi luoghi vengono irrigati anche in inverno, onde far crescere l' erba dei medesimi. Negli altri luoghi, cessato l'uso delle irrigazioni pei prati, pel zea maiz (ossia grano turco, melica, formentone ec., e soprattutto per le risaje), si suole impiegar l' acqua per movere edificii, abbeverare bestiame, ec.

Quest' uso è antichissimo in Italia, ed ai tempi del Pecchio (che scriveva circa l'ultima metà del secolo XVII.) era riconosciuto immemorabile. Egli, nel Capo IX. Quest. XXXVI. Lib. II. *De aquaeductu*, narra che « Coloni et fictabiles principium irrigandi desumunt a die Annun- » tiationis Beatae Mariae Virginis die 25 Martii, finiturum in Nativitate » ejusdem Beatae Virginis. » Indi prosegue dopo poche righe dicendo: « Quandoque fictabiles tempore hyemali utuntur etiam aquis non ad » prata irriganda, sed ad illa marcescenda, ut magis abundent foeno » aestivo tempore, cum prata humiditatem magis exigant. » Qui poi fa notare le liti che nascono fra gli utenti, *ut prata marcescant* (2).

(1) Leg. 1 § 32. Dig. *De aqua quotidiana et aestiva.*

(2) Col latino privilegiato di Pecchio si dovrebbe dire che nel Milanese nascono liti

§ 595. Altri predicati dell'acqua condotta in ragione di *tempo*, di cui troviamo menzione nelle leggi romane, sono quelli di *acqua diurna* e di *acqua notturna*. Acqua diurna era quella che conducevasi o potevasi di fatto condurre durante il giorno; notturna era quella che conducevasi o potevasi condurre solamente durante la notte. Noi troviamo più volte menzione dell'acqua diurna e notturna in dette leggi (1). Con altre locuzioni parlando dell'uso, viene annunziata l'acqua condotta sì di giorno che di notte.

Interdiu usus fuerit si usa per significare l'uso fatto di giorno. Di questa locuzione troviamo un esempio nella citata legge 10. § 1.: « Si is » qui nocturnam aquam habet, interdiu per constitutum ad amissionem » tempus usus fuerit, amisit nocturnam, etc. » Dicesi parimente *aut die, aut tantum de nocte*, come fece il giureconsulto Paolo nella legge 7., al titolo *Quemadmodum servitutes amittantur*.

§ 596. Resta ora a vedersi in qual maniera i Romani distinguessero nelle loro leggi il giorno dalla notte, per poter indi sapere se il dato uso sia stato diurno o notturno. Diffatti dalla differenza delle ore potrebbe nascere questione, se taluno abbia usato o non usato della servitù o diurna o notturna, e quindi abbia o non abbia perduto il diritto di usarne. Sebbene il giorno si distingua naturalmente dalla notte per la presenza o per la mancanza della luce solare, ciò non ostante nella divisione del tempo conviene riportarsi ad istituzioni positive, come appunto fu fatto nella divisione delle stagioni dell'anno. In conseguenza di ciò ecco quanto troviamo nella leg. 8. Dig. *De feriis*: « More romano dies a media » nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur; itaque quidquid » in his viginti quatuor horis, idest duabus dimidiatis noctibus, et luce media actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset. » In questa legge viene definito il giorno *civile*, e non il *naturale* (2). Quando si

---

per fare *imputridire* i prati; perocchè il *marcescere* latino corrisponde all'italiano *imputridire*. Parrà poi ai Fisici cosa un po' difficile, che col far correre periodicamente, ma sollecitamente, una corrente viva sur un prato di un dato pendío, massime d'inverno, si faccia *imputridire* un prato.

(1) Leg. 10. Dig. *Quemad. servitut. amitt.* Leg. 17. in princ. Dig. *De aqua et aquae pluviae arcendae*. Leg. 2. *De aqua quotid. et aestiva*.

(2) « Romano more cum ait diem a media » nocte incipere, et sequenti nocte media finiri diem civilem, qui est legitimus.. » Isidorus, s. c. 30.

« A nocte (et quidem media) dies Romanorum civilis initium ducit. - Plinius, Gellius, Macrobius, Censorinus, Plutarcus. »

« Lux haec media, dies naturalis et verus » Censorino appellatur. — Isidoro s. c. 30.: » Abusive dies, qui et pars diei civilis est. » Naturalis dies, tempus est ab oriente Sole » ad Solis occasum; cujus contrarium tempus est nox ab occasu Solis usque ad exortum. — Censorinus, capite ult.: Civilis igitur dies naturalem diem continet et no-

contrappone il giorno alla notte, qual è il limite dal quale si deve partire, e qual è il punto a cui conviene fermarsi? L'uso diurno o notturno di un'acqua o di una servitù qualunque si desume forse dalla divisione del giorno naturale? In conseguenza di ciò, quale si dovrà dire *acqua diurna* e quale *notturna?* Queste sono tutte quistioni, le quali conviene sciogliere in vista soltanto dell'uso praticato presso le rispettive popolazioni; e però parlando delle leggi romane conviene definirle giusta le pratiche adottate presso quel popolo. Allorchè nelle leggi romane si allude a qualche *fatto accaduto* o che può accadere, e così a qualche *opera* che si fa o si può fare durante il giorno o la notte, le leggi si riportano non al giorno o alla notte *civile*, ma bensì al giorno o alla notte *naturale*. Così nelle leggi criminali *si noctu furtum faxit*, si riferisce al tempo in cui il Sole manca dall'orizzonte. Così pure quando dice *si segetes noctu secuerit, paverit*, si riferisce pure alla notte naturale. Pare dunque che anche in materia civile, parlandosi dell'*uso* di una servitù, le leggi si riportino alla divisione naturale del giorno, ed intendano distinguere il giorno dalla notte dal nascere e tramontare del Sole. Perciò troviamo in materia di servitù la frase *de die et de nocte*, la quale si riferisce indubitatamente al giorno ed alla notte naturale.

Ciò tanto più si conferma dal riflettere che i Romani contavano la prima ora del giorno dal nascere del Sole, malgrado incominciassero il giorno civile dal punto della mezza notte; e però quando trovasi menzione della prima, della sesta e della settima ora, conviene contare queste ore dal sorgere del Sole, come avvertì anche il celebre Brissonio (1). Perciò fu detto che la maggior parte del giorno consta delle sette prime ore, contando appunto dal nascere del Sole. « Cujusque diei major pars » est horarum septem primarum diei, non supremarum. » Leg. 2. § 1. Digest. *De verborum significatione* (2).

» ctem; et ut nox sequitur duas dimidiatas » noctes et lucem mediam. » (Ex nota Gottofredi ad hanc legem.)

(1) Menzione di queste ore trovasi in parecchie leggi. Noi citeremo le seguenti. Legge 1. Dig. *De manumissionibus*. Leg. 7. Dig. *De usucapionibus*. Leg. 5. § ult. Dig. *De servitutibus*. Leg. 25. § 1. Dig. *De liberis et post.* Leg. 2. Dig. *De annuis legatis*. Leg. 20. Cod. *De transactionibus*.

(2) Il celebre Pothier nelle sue Pandette, al titolo *De verborum significationibus*, dopo avere distinto il giorno civile dal naturale, ed applicata al civile la legge dietro riportata, tratta dal titolo *De feriis*, riferisce al *giorno naturale* la legge qui trascritta. « Dies passim ubique (dice egli) pro subjecta materia varie accipitur. Interdum pro civili die, » de quo Paulus in leg. 8 Dig. *De fer.* Contra interdum pro die naturali sumitur, qui » est horarum duodecim a prima lucis seu » sexta ante meridiem usque ad duodecimam » seu sextam post meridiem. De die hoc sensu accepto loquitur idem Paulus leg. 2. § 1. » *De verborum significatione*.

Pare dunque che *acqua diurna* si possa dir quella che si può usare o che si usa diffatti dal nascere al tramontare del Sole, o, come volgarmente si dice, dall'avemaria della mattina a quella della sera. Per lo contrario *acqua notturna* si debba dir quella che si può usare o si usa diffatti dall'avemaria della sera all'avemaria del giorno susseguente. Nell'uso comunè degli orarii d'irrigazione, usitati in Lombardia, l'acqua diurna non si può, quanto al diritto, distinguere dalla notturna, perocchè gli utenti debbono ricevere la loro competenza secondo il giro delle ore che vien fatto dal torno o ruota così detta della dispensa della medesima acqua (1). Ma queste ore possono toccare, secondo il giro, ora più presto ed ora più tardi, ora di giorno ed ora di notte.

È però da rimarcarsi che certe specie d'irrigazione, come sarebbe quella dello *zea maíz*, del lino, o di altra coltura, interessa che vengano fatte di giorno, mentre quella dei prati si accetta anche per la notte, attesochè non interessa tener conto delle espansioni particolari e dei filamenti, dirò così, della irrigazione, come negli altri coltivati.

SEZIONE III.

Della presa dell' acqua in mira all' acquisizione dell' acquedotto.

CAPO XX.

Oggetto di questa Sezione.

§ 597. Quando si parla di *accordo*, s'indica per ciò stesso il libero concorso di due volontà in un atto qualunque fra due o più uomini, manifestato con qualche segno esterno. Qui l'accordo abbraccia tanto le *espresse*, quanto le *tacite* convenzioni. Qui dunque cadono i *modi* diversi sì dell'*espresso* che del *tacito* consenso, mediante i quali si può acquistare la ragione di condurre un'acqua. Qualunque però sia la forma di questo consenso, essà suppone sempre un *determinato oggetto voluto*. Trito è il proverbio: *voluntas non fertur in incognitum; nil volitum*,

(1) Anche i Romani conoscevano l'uso del *torno* nella dispensa delle acque fra diversi utenti. Frontino, parlando di un'acqua che dopo aver servito allo spettacolo della naumachia, pel quale fu condotta da Augusto alla città di Roma, venne da Augusto accordata all'uso privato, si esprime come segue: « Tusculanis possessoribus relinquendam credebat. Ea namque est quam omnes villae tractus ejus per vicem in dies modulosque certos dispensatam accipiunt. » (Vedi pag. 41 della citata edizione del Poleni.) Colla frase *per vicem in dies modulosque certos* s'indica tanto la ruota del tempo, quanto la misura determinata, ossia meglio le bocche, le quali vengono indicate col nome di *modulus*.

quin praecognitum. Parlando della condotta delle acque, quest'oggetto qual è? A primo tratto si può rispondere che quest'oggetto *voluto* non può essere altro che un dato *benefizio* o *positivo* o *negativo*, che si vuole ritrarre dalla condotta di un'acqua. I benefizii *negativi* consistono nell'allontanare ogni *nocumento* che ci può derivare da un'acqua corrente; i *positivi* poi sono i servigii direttamente *utili*, i quali possiamo ricavare dalla condotta stessa di queste correnti. Prefiggersi un benefizio o negativo o positivo forma il *fine ultimo* di colui che si propose di condurre un'acqua.

§ 598. Prescindendo da singolari ed accidentali capricci, ed attenendoci alle intenzioni che *ordinariamente* ebbero, hanno ed avranno gli uomini nel progettare la condotta di un'acqua, vediamo che la loro *destinazione* riducesi ad usarne per procacciare un utile, o ad allontanarle per prevenire o rimovere un danno. Dunque *due* classi massime di acquedotti possono esistere: sotto la prima si comprendono gli acquedotti *lucrativi*; sotto la seconda gli acquedotti *difensivi*. Coi primi si tratta di accogliere; coi secondi di rimovere. *Accoglienza* dunque e *ripulsa*, ecco i due intenti possibili e prossimi nel progettare la condotta di un'acqua.

§ 599. Ma qual'è la *destinazione* che suole darsi ad un'acqua corrente *accolta?* Io l'ho già accennato nel Capo XXI. della Parte I. Libro antecedente. Quante specie dunque di acquedotti *lucrativi* si possono ordinariamente verificare? Eccole: 1.° *acquedotti per navigazione* (1); 2.° *acquedotti per irrigazione di terre* (2); 3.° *acquedotti per arti e mestieri* (3); 4.° *acquedotti per usi domestici* (4); 5.° *acquedotti per tutela comune* (5); 6.° *acquedotti per colmate di terreni* (6).

---

(1) Tutti i navigli così detti navigabili, tutti i canali egualmente navigabili di comunicazione, dei quali fa menzione la storia antica e moderna, e sui quali si può vedere il Varennio, appartengono a cotesta prima classe.

(2) Questi sono i più usati ne' paesi nei quali esistono acque perenni: ciò specialmente ha luogo nell'Italia superiore.

(3) Questi servono o per animare opificii, o per usare dell'acqua stessa in natura. Fra i primi sono noti i mulini per macinare, le pile per isbucciare, stritolare, ec.; i così detti folli, le cartiere, i lanificii, ec. Fra i secondi sono noti i canali per lavare, purgare, macerare, ed altri simili ufficii.

(4) Abbeverare uomini ed animali, lavare, empire bagni, servire a cuocere, ec. ec., sono esempi di questi usi domestici.

(5) Tali sono quelli che procurano acqua per estinguere incendii, purgar l'aria contro infezioni ed altre offese della natura: tali sono pur quelli per munire fosse di fortezze, o respingere aggressioni per parte degli uomini.

(6) Questi si fanno per condurre le acque torbide, portanti terra vegetale, su qualche terreno perduto, e per lo più coperto di ghiaja dalla innondazione di qualche acqua. Cinto il luogo che deve ricevere le torbide, e praticatavi una porta-cateratta, questa si tiene aperta finchè tutto il recinto sia pieno raso di acqua torbida. Allora si chiude. L'ac-

§ 600. Ma questo Trattato avendo per oggetto la condotta *privata* delle acque, ne viene che tre sole specie fra le ora annoverate possono formare oggetto dell'accordo consueto che ci deve occupare. Queste sono gli acquedotti: 1.° *per irrigazione di terre;* 2.° *per arti e mestieri;* 3.° *per usi domestici.* Le altre specie spettano propriamente agli acquedotti di ragione *sociale* o *pubblica*, e però formano oggetto dei regolamenti economici e politici. Solo per incidenza ed accessoriamente essi possono venire contemplati nella ragione privata della condotta delle acque; e ciò si verifica nel caso che dalle correnti destinate alla navigazione, alla tutela comune, alla pulitezza o ai sollazzi pubblici, si facesse una *dispensa innocua* di acque a privato beneficio. Su ciò si può qui richiamare quanto fu detto nella Sezione I. del Libro I. della Parte antecedente.

§ 601. Venendo adunque all'argomento preciso che ci proponemmo, dobbiamo rispondere che gli oggetti voluti nell'accordo dell'acquedotto si restringono alla *condotta delle acque per irrigazione di terre, per arti e mestieri, e per usi domestici* (1). Questa distinzione riesce infinitamente importante per le pratiche convenzioni e contestazioni. Imperocchè *conosciuta la destinazione* speciale dell'acqua, si ottiene per ciò stesso un lume direttivo onde determinare ora la *qualità*, ora la *quantità*, ora il *tempo*, ora il *modo* della condotta dell'acqua; e ciò tutte le volte che le parole e gl'indizii fossero o imperfetti, o equivoci, od oscuri. Certamente nell'interpretare gli atti consensuali l'*intento proposto* somministra da sè medesimo un massimo lume, perocchè vige il principio legale, che accordata una data cosa, si accordano per ciò stesso tutte le *condizioni* e i *mezzi* necessarii onde effettuarla (2).

§ 602. La prima ricerca dunque che si deve fare nei casi contingenti, ha da consistere nel domandare a che fu *destinata* la data condotta di acqua. Forse alla irrigazione? forse ad usi domestici? forse ad arti e

qua introdotta, riposando come in un recipiente, deposita al fondo la belletta vegetale che portava seco, e si fa chiara. Resa chiara l'acqua, si fa sortire per altra porta del recinto, e così rimane un primo strato di terra vegetale. Quest'operazione si ripete più volte, finchè si ottenga uno strato capace a nutrire piante utili. Quest'operazione chiamasi *colmata*. Veggasi su ciò il Mari, *Idraulica pratica ragionata*, Tom. II. Lez. 28 e 29. Io ho veduto un torrente romper argini e coprir di ghiaja alcuni terreni. Ho veduto far colmate colle torbide di questo stesso torrente, e in meno di quattro anni restituire il terreno a coltura di frumento, di grano turco e di viti.

(1) Io non credo che la dottrina debba far altre parole degli acquedotti per *colmate*, sì perchè questi sono accidentali, e praticabili soltanto in luoghi particolari; e sì perchè le questioni, che potrebbero insorgerne, sono facilmente risolubili coi principii generali.

(2) Vedi le leggi 3 § 3., leg. 5., leg. 10., leg. 15. Dig. *De servit. praed. rustic.* Leg. 20. Dig. *De servit. urb. praed.* Leg. 11. § 1. *Communia praed.*

mestieri? E in queste arti e mestieri forse soltanto a movere macchine, a ventilare, o ad altro uso meccanico? ovvero ad usare dell'acqua medesima, come nelle tinture, nella macerazione, nelle fermentazioni, e cose simili? In questo solo ultimo caso s'introduce tosto una gran differenza; perocchè quando si tratta semplicemente di movere, non si contempla che la *quantità* valevole a porre in movimento un opificio; ma quando si tratta degli altri oggetti, si contempla la *qualità*, dirò così, *chimica* dell'acqua medesima (1).

§ 603. Tutto questo viene qui annotato per far rilevare quanto insufficienti sieno le grossolane generalità colle quali la dottrina del privato acquedotto fu trattata dai giureconsulti fino al presente giorno. La diversa *destinazione* di un'acqua corrente doveva formare il primo oggetto nel trattare dell'*accordo* dell'acquedotto, e indi specificare le diverse convenzioni, e quindi le clausole compatibili od incompatibili, espresse o tacite, le quali possono cadere in pratica in materie di privato acquedotto. Poca cosa è il dire i modi diversi coi quali si può acquistare la *ragione* d'una condotta di un'acqua; perocchè allora non si annunzia altro, se non ciò che è comune a tutta sorta di atti volontarii, sia fra vivi, sia per causa di morte. Ciò che rende compiuta una scienza è l'aggiunta dei *tratti specifici*, i quali contraddistinguendola da ogni altra, ne costituiscono il carattere proprio, pieno, intiero e verace.

§ 604. Questo non è ancor tutto. Sopra abbiamo già avvertito che nella ragione dell'acquedotto entrano *due contratti* che possono esistere separati; vale a dire quello della *presa* e relativa *dispensa*, e quello della *condotta* strettamente presa dell'acqua. Dunque trattando dell'*accordo* dell'acquedotto, in quanto concerne l'acquisizione, bisogna parlare separatamente e di proposito dell'uno e dell'altro contratto; stantechè un dato acquirente può nello stesso tempo acquistare dal possessore di un canale dispensatore una *presa* d'acqua, e dal possessore del fondo intermedio la *servitù* dell'acquedotto. La *destinazione* dell'acqua si può considerare come una circostanza che forma parte della *presa* dell'acqua; avvegnachè chiunque si determina a prescegliere una data acqua, si prefisse di già l'*oggetto* al quale essa veniva da lui destinata. Dunque le considerazioni diversificanti l'oggetto contrattato entrano nel contratto della *presa* dell'acqua. Dunque nella dottrina sulla condotta delle acque questa si può considerare come la parte più moltiforme, variata e com-

(1) È noto a tutti gli uomini dei paesi irrigatorii quanta differenza passi fra l'acqua cruda d'un rivo naturale, o che viene derivata da una corrente naturale, e l'acqua concimata che deriva dagli scoli di fondi letamati, o dallo scarico d'una città.



plessa, stante appunto la diversità degl'intenti, e stante eziandio la diversità dei modi onde compiere le erogazioni. Da ciò viene, che la *servitù* dell'acquedotto, strettamente presa, non forma nè deve formare che una parte secondaria e molto minore della dottrina che esponiamo.

§ 605. Dalle quali cose risulta, che su due rami principali, ossia sopra due oggetti massimi, dovrà versare la dottrina risguardante l'*accordo* dell'acquedotto, in quanto serve ad acquistarne il diritto. Il primo di questi oggetti è quello della *presa* dell'acqua; il secondo quello della rispettiva *condotta*. Noi dobbiamo distinguere nel contratto della *presa* dell'acqua quattro specie particolari: 1.° *presa d'acqua per irrigazione;* 2.° *presa d'acqua per usi domestici;* 3.° *presa d'acqua per movimenti meccanici;* 4.° *presa d'acqua per processi industriali.*

Quanto poi alla *condotta* dobbiamo distinguere: 1.° la *condotta per estrazione;* 2.° la *condotta per iscarico;* 3.° la *condotta per transito.*

§ 606. Avendo distinto il contratto della *presa* da quello della *condotta,* tratteremo in questa Sezione del primo, rimettendo il secondo al Libro seguente. Anzi in questo primo contratto noteremo solamente ciò che ha di proprio, riserbandoci di comprenderne la parte *morale* e *legale* nel Libro seguente, attesochè sotto quest'aspetto egli viene regolato da sanzioni *comuni.* Qui ci restringeremo ad offrire i primi e più stretti principii di ragione. Nelle questioni pratiche ci verrà fatto di sviluppare i diversi aspetti e le più importanti applicazioni di questi principii. Se fra il principio e la sua applicazione si esigerà qualche intermedio sviluppamento, cadrà più in acconcio nello sciogliere le pratiche quistioni. Così adoperando, limpido, preciso, e adatto alla mente dei leggitori risulterà il concetto dei principii esposti, ed in conseguenza più utile, più agevole e più fecondo riuscirà il loro maneggio.

CAPO XXI.

Condizioni necessarie di fatto della presa di un'acqua.
Prime osservazioni sul capo effettivo dell'acquedotto.

§ 607. In un'acqua per naturale spinta corrente sul terreno, sia che sgorghi da sè stessa, sia che venga agevolata dalla mano dell'uomo, quali sono le condizioni che si debbono verificare nella presa di un'acqua? A tale domanda si risponde: O quest'acqua scorre *per sè medesima al luogo bramato,* cioè senza l'intervento di alcun'opera dell'uomo; o no. Nel primo caso non rimane a stabilire fuorchè il *diritto* di chi vuole usarne, e ciò coi modi prescritti dalle leggi. Tale sarebbe il caso di un

rivo *naturalmente* decorrente dal fondo di Pietro a quello di Paolo; nel qual caso per verificare la presa di acqua altro non rimane che obbligare legalmente Pietro a non deviare l'acqua suddetta. Nel secondo caso poi, nel quale il deflusso dell'acqua non fosse atteggiato a norma delle intenzioni dell'acquirente, è per sè manifesto che sarebbe necessario *dare* all'acqua una *direzione artificiale*, rispettando però sempre le leggi essenziali ed insormontabili che per forza naturale reggono le acque correnti.

§ 608. Ora restringendo primieramente la nostra attenzione a quest'ultima specie di acque correnti, e fingendo che taluno voglia acquistarne o tutto il corpo, o parte del medesimo; quale sarà la prima condizione di fatto ch'egli dovrà contemplare nel progettato acquisto? Ognuno mi risponderà che questa condizione consisterà in primo luogo nel formare il CAPO DELL'ACQUA ADATTO alla condotta progettata. Ad evitare ogni equivoco debbo far osservare, che qui sotto il nome di *capo dell'acqua* s'intende propriamente la *testa dell'acquedotto conformato per la erogazione*. Posta questa significazione, potremo distinguere due aspetti nella *testa* dell'acquedotto. Il primo è di considerare il capo dell'acqua come *primo limite* della derivazione della medesima; il secondo di considerarlo come il *complesso delle cause attive che formano la testa effettiva* dell'acquedotto. Sotto il primo aspetto si potrebbe appellare *capo-limite dell'acquedotto*, e sotto il secondo aspetto si potrebbe appellare *capo-effettivo dell'acquedotto*. Il *capo-limite* propriamente è segnato dalla prima linea dell'incile, o taglio, che forma il varco dell'acqua; il *capo-effettivo* poi si può considerare formato tanto dagl'impellenti, quanto dall'*incile* medesimo in tutti que' casi nei quali un impellente speciale dell'acqua rendesi *necessario* per sospingere la corrente verso la bocca. Questa *necessità* fa sì che non possa esistere il *capo-effettivo* dell'acquedotto senza il simultaneo concorso dell'*impellente* e dell'*incile*. Per la qual cosa i *sostegni*, le *pescaje*, le *chiuse* per formare gli *invasamenti* (1), le *semichiuse* anche temporanee per deviare le acque e farle scorrere entro le bocche, sono tutte opere che concorrono a costituire il *capo-effettivo* dell'acquedotto.

---

(1) L'*invasamento* è quella operazione la quale viene praticata in un canale dispensatore per fare scorrere l'acqua nelle bocche dei rispettivi utenti nei tempi dovuti. Essa si fa praticando via via delle chiuse in modo, che l'acqua venga contenuta entro un dato tronco del canale dispensatore a modo di recipiente, e quindi alzandosi la cateratta laterale (volgarmente appellata *paradora* o *berlina* ec.), l'acqua è obbligata a scorrere per la bocca aperta.

Queste chiuse temporanee, unite al resto che forma l'invasamento, possono ricevere il nome di *septa*.

§ 609. Per l'intelligenza poi de' vocaboli appartenenti al fatto materiale dell'acquedotto, allorchè per gli oggetti di diritto si dovessero applicare le leggi romane agli affari odierni, si dovrebbe nelle questioni risguardanti le opere delle teste contrapposte agli incili (e che servono d'impellenti alle acque) ed altri simili oggetti, applicare i testi sopra recati.

§ 610. Allorchè si disputerà sulla *manutenzione* d'una presa di acqua, si sentirà la necessità della distinzione fra il *capo-limite* ed il *capo-effettivo* dell'acquedotto, e quanto sia necessario ai contraenti di stabilire patti assicurativi d'una ragione di acqua.

§ 611. Qui ci limiteremo ad osservare, che nel contratto della semplice presa dell'acqua il concedente fingesi possessore di una massa d'acqua, la quale abbisogni di essere o perpetuamente o temporariamente deviata in tutto o in parte dal corso suo attuale ed abituale per opera dell'arte, in modo che l'acquirente la conseguisca o in tutto o in parte, per sempre o per un dato tempo. Qui dunque il *capo-effettivo* dell'acqua diventa necessariamente *artificiale* e *convenzionale*. Quindi la *formazione* del *capo-effettivo* dell'acquedotto, ecco il primo oggetto, o almeno il più vario e moltiforme, il quale può cadere in considerazione nel contratto della semplice presa di un'acqua.

La *formazione* di questo *capo-effettivo* suole necessariamente *variare* a norma tanto della posizione della corrente posseduta dal concedente, quanto della posizione del terreno per il quale si debba far decorrere a norma dei progetti dell'acquirente. In ultima analisi però a che si riduce l'*effetto* primo e materiale inteso nella *formazione* del *capo-effettivo* ed *artificiale* dell'acqua? Esso si riduce a far sì, che per un dato varco s'incammini effettivamente una data e convenuta quantità d'acqua, sia in perpetuo, sia temporaneamente, sia continuamente, sia interrottamente, sia per concessione isolata, sia per concessioni a più utenti, ec. ec.

§ 612. Ma l'incamminare effettivamente l'acqua figurata che cosa può esigere in linea di *fatto necessario*, e quindi in linea di *convenzione* fra un cedente dell'acqua ed un acquirente della medesima? Un *impellente* ed un *incile* sono i primi due requisiti, i quali compongono il *capo-effettivo* dell'acqua, come sopra fu rimarcato (1). Dico i primi, perchè

---

(1) Quando parlo d'*impellenti*, intendo di comprendere *qualunque agente* atto a sospingere la corrente verso la bocca del canale derivatore in quella quantità che fu convenuta. Questo agente può consistere anche nella semplice azione compressiva e laterale di una sezione d'un canale diritto, senza che esistano pescaje, chiuse, impellenti solidi, od altri sussidii esterni. Osservisi la tavola VII. Ivi il canale A B è canale *dispensatore*; il canale C D è il canale *derivatore*; le sponde del canale dispensatore sono rette. Qui non

un terzo elemento è sempre necessario nella formazione del *capo-effettivo* dell'acqua. Questo consiste nell'*altezza effettiva* della massa dell'acqua proporzionata o, dirò meglio, conformata al luogo ed al livello o piano della condotta. Il livello (cui i Latini chiamavano *libra* o *libramentum*) è così necessario, che senza di esso renderebbesi superflua l'azione impellente e frustranea l'apertura della bocca. Supponiamo diffatti nella tav. I. che la campagna ivi figurata fosse piana, e quindi che il canale dispensatore dovesse essere *incavato* nel terreno. Egli è manifesto che allora le campagne circostanti non potrebbero essere altrimenti irrigate, stantechè l'acqua non avendo un livello *superiore* alle stesse campagne, non potrebbe decorrere per irrigarle. Che cosa dunque si deve fare in questo caso? È chiaro che allora bisogna far camminare l'acqua incassata come fra due muri *elevati* sopra il terreno, e fare in modo che tutto il corpo dell'acqua stia sopra il livello delle campagne circostanti. Di tali specie di canali dispensatori noi troviamo frequenti esempii specialmente nella pianura. Nel territorio milanese essi vengono chiamati *cavi-levata*, ossia canali fatti a sponde, o *spalle rialzate:* queste spalle a guisa di argini paralleli sostengono il pelo dell'acqua sopra il livello del terreno, e però tratto tratto facendo incisioni in queste spalle, si aprono bocche d'irrigazione, come appunto ne offriamo un esempio nella tavola annessa alla presente Opera.

§ 613. E qui parlando del *capo-effettivo* dell'acqua, in quanto può formare oggetto di giurisprudenza, avverto che nella formazione e quindi nelle *convenzioni* risguardanti una presa d'acqua si deve primariamente por mente a tre condizioni; cioè: 1.° al *livello;* 2.° all'*impellente*; 3. alla *bocca*.

§ 614. Doppia è la relazione del *livello* dell'acqua. La prima riguarda il punto dell'altezza dell'acqua rispetto al *luogo dell'uso;* la seconda, il punto dell'altezza della medesima rispetto alla *bocca di estrazione.* È per sè manifesto, che se il luogo dell'uso fosse più alto del luogo di estrazione, tutti i condotti scoperti riuscirebbero per lo meno frustranei. Ora suppongasi il caso che un petente d'acqua, avendo preso abbaglio circa

havvi dunque verun impellente solido, fuorchè le dritte sponde, che rattengono l'acqua del canale dispensatore. Se dunque essa si diffonde nel canale derivatore, ciò avverrà in forza della pressione tendente all'equilibrio dell'acqua raccolta. Qui dunque l'impellenza è tutta propria dell'acqua raccolta. Per lo contrario nella tavola V. la pescaja *a b c d,* che chiude il canale A B, fa la funzione di respingerla indietro in modo, che sospinta da A in B, e risospinta dalla pescaja, trovando il varco aperto in C D, scorre pel canale derivatore C E, F D.

Qui dunque l'impellenza si può dire *procurata* o *sussidiata.* La *sussidiata* si verifica nei gomiti o nelle risvolte.

il livello del suo terreno, abbia pattuita una presa d'acqua; ma che, fatto lo sperimento, trovisi defraudato o danneggiato. Figuriamoci che il padrone del canale dispensatore, alzando il pelo della sua acqua, possa far sì che l'acqua pervenga al fondo destinato, ma che questa alzata non sia stata concordata nel contratto primitivo. Si domanda se il padrone che si obbligò nudamente a somministrar l'acqua per l'irrigazione del detto fondo, possa essere obbligato anche all'alzata, senza della quale l'acquirente non può assolutamente ottenere la contemplata irrigazione. Ecco il caso d'una lite rabbiosa, la quale, quantunque sia per sè stessa di facile soluzione, ciò non ostante corre rischio di essere decisa malamente.

§ 615. Non è qui il luogo d'entrare nella discussione di questo caso. Io l'ho recato in mezzo, onde fare avvertire quanto nelle convenzioni sia decisivo assicurarsi della dovuta *pendenza* mediante la determinazione di un certo ed assicurato livello (1). Qui soggiungerò solamente, che quando esista il più piccolo dubbio sulla necessaria pendenza, sarà bene far contratti condizionati, *a previo sperimento.* Ciò consiste nel pattuire col concedente dell'acqua, che se, ad esperimento fatto, non si ottenesse il deflusso contemplato, o il contratto si debba ritenere come non avvenuto, o il concedente debba accordare l'opera necessaria per ottenerlo.

§ 616. Tutto questo riguarda le precipue *condizioni di fatto* costituenti la *testa* o il *capo-effettivo* dell'acquedotto artificiale, onde additare un modo chiaro e cauto dell'acquisizione di una data acqua da condursi. Si stipuli dunque distintamente ciò che fa d'uopo per la *pendenza*, per l'*impellente* e per l'*incile*, onde conformare un buon *capo-effettivo* dell'acquedotto. Se talvolta per un fatto accidentale di *natura* si ottiene la pendenza, e un dato terreno impellente, come sarebbe nei gomiti d'un canale dispensatore, io sono d'avviso che sarà ottimo consiglio premunirsi contro le corrosioni della sponda, che faceva l'ufficio d'impellente idoneo, e contro gli sprofondamenti d'un alveo, il quale, se prima manteneva un livello acconcio, può fare dappoi mancare la convenuta erogazione. Diffatti fingete questa corrosione e questo abbassamento di alveo rimpetto alla bocca di estrazione: ecco tosto una lite fra il padrone del canale dispensatore e l'utente dell'acqua. Tu ti lagni di mancare o in tutto o in parte dell'acqua, dice il padrone; ma tu ti lagni non d'un mio fatto, ma d'un evento di forza naturale, al quale io non debbo stare avanti, e che tu potevi e quindi dovevi prevenire. Ma l'utente insiste sul suo acqui-

(1) Avverto qui, che si deve tener conto tanto del livello del fondo, quanto di quello dell'acqua stessa; perocchè il pelo più alto o più basso dell'acqua sullo stesso fondo somministra egli stesso un elemento di caduta all'acqua stessa.

sto dell'acqua, e sulla *manutenzione* effettiva della medesima, nella quale si potevano pur anche prevedere la corrosione dell'impellente e l'abbassamento dell'alveo. Ora come prevenite voi questa lite, o come ne agevolate la decisione? Ecco quanto importi nel contratto di una presa d'acqua configurare gli accordi risguardanti la formazione e la manutenzione del *capo-effettivo* dell'acquedotto, e però quanto importi il ben distinguerne i costitutivi, e stabilirne le provvidenze.

§ 617. Per conclusione sulle avvertenze risguardanti la formazione del *capo-effettivo* dell'acqua, che deve essere concordata, onde prevenire danni e contestazioni, io debbo qui soggiungere un'avvertenza. Talvolta è accaduto, come diffatti può spesso accadere, che il *capo-effettivo* dell'acquedotto sia conformato a dovere, e che ciò non ostante l'acquirente dell'acqua non ottenga la dovuta quantità per difetto praticato nel canale derivatore. È vero che allora la colpa non è del cedente, ma bensì dell'acquirente medesimo: pure nacque e può nascere il caso che egli si lagni per un fatto non imputabile al dispensatore dell'acqua, e getti su lui la colpa propria. Ciò avviene appunto allorchè nel canale derivatore o si ponga o si permetta l'introduzione di qualche ostacolo, il quale produca un rigurgito. Questo, facendo rifluire l'acqua fino alla bocca di estrazione, ne scema la sortita di modo, che l'acquirente resta defraudato della contemplata e necessaria quantità. Ecco l'*ingorgamento* della bocca, il quale, a proporzione che aumenta, scema la competenza dell'erogazione. Sebbene questo argomento appartenga alla *effezione* della ragione dell'acquedotto, credo ciò non ostante di farne almeno di passaggio menzione in questo luogo, onde porre in guardia tanto i consulenti quanto i magistrati a non volere tosto accagionare un dispensatore di acque, quand'anche la mancanza della dovuta competenza si verifichi a danno dell'acquirente dell'acqua medesima. Qui, parlando della formazione del *capo-effettivo* dell'acqua, sorge spontaneamente nell'animo la considerazione della *riforma* tutte le volte che da una parte fosse stata pattuita una conveniente conformazione della testa dell'acquedotto, e dall'altra parte si trovasse che questa conformazione o fu male eseguita o fu alterata, sia per fatto del dispensatore, sia per fatto contemplato della natura, come sarebbe per esempio la deposizione di materie portate nell'alveo del canale, l'ingombro di piante crescenti, ed altri simili oggetti che rendono necessaria la purgazione del canale dispensatore.

CAPO XXII.

Osservazione particolare sui cavi-sorgenti, in relazione all'acquisizione dell'acquedotto.

§ 618. Le cose discorse fin qui circa il *capo-effettivo* delle acque riguardano quel maggior numero di acquedotti, i quali vengono incominciati per via di bocche da un canale dispensatore che conduce acqua viva, come sarebbero, per esempio, i navigli del Milanese, ed altri canali abbondanti di acqua derivata. Le cose sopra discorse possono riferirsi anche a quegli altri canali, i quali avendo una sorgente, o così detto fontanile privato, come prima loro origine, in progresso non offrono altro che il mero *deflusso* di un'acqua viva corrente. Ma qui, per trattare di tutti gli oggetti pratici, conviene avvertire che possono esistere, come esistono diffatti, condotti d'acqua di natura *mista*; vale a dire, che nell'*atto* stesso che sotto un aspetto sono canali derivatori, sotto un altro sono canali raccoglitori, i quali, strada facendo, almeno per alcuni tratti, aumentano la massa delle loro acque. Ciò può accadere nel caso, in cui da un canale dispensatore, o veramente da una semplice bocca di fontanile, estraendo una data quantità di acqua, e conducendola per un determinato rivo, l'acqua derivata si accresce per le sorgenti o emanazioni di acqua, le quali, sia dal fondo dell'alveo, sia dalle sponde laterali, prorompono o trapelano da vene sotterranee che fuori del rivo hanno l'occulta loro pendenza. Allora nasce che l'acqua viva prima derivata si aumenta successivamente, come da una serie di piccoli pozzi che tributano all'asta comune del rivo un aumento successivo, per il quale l'acqua del rivo riesce più abbondante nel suo decorso, che nella sua origine (1).

§ 619. Questa specie di rivi, aumentati per la successione di tali sorgenti, chiamasi nel comune linguaggio CAVO-SORGENTE. Dalla descrizione fattane appare che tale specie di cavi richiede di sua natura per parte del proprietario certe costruzioni, tanto per raccogliere ed approfittare delle acque, quanto per tenere riparate le sponde, purgato l'alveo, e sbarazzate le costruzioni, che raccolgono l'acqua, sia dalle ghiaje, sia dal fango, sia dalle erbe che ingombrano e ritardano, e sia finalmente da qualunque ostacolo che può turbare tanto l'emissione, quanto il libero corso della corrente, sia principale, sia nascosta. La più ovvia costru-

(1) Nei canali irrigatorii privati incontriamo spessi esempii di quanto abbiamo esposto fin qui. Si può vedere un esempio di siffatte acque sorgenti anche dentro un condotto riportato dal Mari nella sua *Idraulica pratica ragionata*, Tomo III. Lezione IX. § 5.

zione onde agevolare e raccogliere le acque che sgorgano e trapelano nel modo sopra descritto, è quella dei così detti *bottini* (1), mercè i quali soltanto fu trovato possibile questo raccoglimento delle acque suddette. Ognuno vede di leggieri le cure conseguenti che ne nascono per la conservazione di un *cavo-sorgente* nella sua qualità specifica, la quale lo diversifica dal semplice *cavo*, sia *derivatore*, sia *dispensatore.*

§ 620. Fino a che il proprietario di un fondo opera per la costruzione e conservazione di un *cavo-sorgente*, altra considerazione non occorre, che quella del suo maggior utile, senza che possa nascere contestazione con altri proprietarii dei fondi confinanti; tranne l'articolo dello scarico delle acque, derivate sia da un canale dispensatore, sia da un fontanile aperto da un proprio fondo. La quistione del più o del meno dell'acqua trasmessa ai fondi inferiori formerebbe l'unico punto di discussione su quest'oggetto.

§ 621. Ma la cosa cangia d'aspetto allorchè venga ceduto ad altri il mero *cavo-sorgente*, e i diritti dell'acquirente debbano essere ristretti all'asta del cavo medesimo. Allora è necessario, ad evitare contestazioni coi rispettivi frontisti delle ripe, di esprimere la qualità specifica di *cavo-sorgente*, onde con questa qualificazione esprimere o almeno tacitamente comprendere quei carichi accessorii a cui i padroni dei fondi servienti, pei quali passa il *cavo-sorgente*, debbano andare soggetti in forza della qualità specifica del *cavo-sorgente* stesso. Questo non è il luogo di spiegare quanta sia la forza del diritto che deriva dalla destinazione del proprietario nel fabbricare un cavo. Qui serva di avviso soltanto per dimostrare, come nelle acquisizioni d'una presa di un'acqua conviene aver riguardo anche a questa specie singolare di acquedotti, nei quali il *capo-*

(1) « *Bottini* (dice l'Alberti) sono sassi » vivi di figura paralellepipeda, forati nel » mezzo, dove passa l'acqua fra condotto e » condotto, con sopra il suo coperchio, che si » apre ad ogni occorrenza. Alcuni si custo- » discono attorno con piccolo serraglio di pie- » tre in taglio, come un piccolo pozzo, ed » hanno la loro vòlta coperta di tavole, per » potervi discendere dentro occorrendo. La » suddetta custodia si fa a quelli che non rie- » scono profondati sotto il terreno, mentre » agli altri che rimangono sotto di esso tal » cautela è superflua. I bottini servono per » levare gl'impedimenti che potessero dan- » neggiare ed otturare il condotto maestro, » per cui l'acqua non potesse liberamente » scorrere: onde mediante i detti bottini si » viene a conoscere precisamente il luogo ove » il condotto è difettoso, e per mezzo di essi » si rimedia al difetto: per la qual cosa sono » disposti fra loro ad una conveniente distan- » za, ma non minore di piedi 12; e questo » perchè il condotto possa essere governato » e ripulito con facilità mediante i detti bot- » tini. » *Istruzioni pratiche per l'Ingegnere civile*, n.° 533.

NB. La costruzione di questi bottini viene variata, sia per la dimensione, sia per altri rapporti, a norma dei diversi bisogni che possono occorrere.

effettivo dell'acqua non si trova concentrato sempre in un punto isolato, primitivo e staccato, ma si può considerare successivamente accresciuto e confuso per lungo tratto nel canale stesso derivatore.

CAPO XXIII.

Continuazione. Della scelta dell'acqua in quanto riguarda il contratto della presa della medesima.

§ 622. La costruzione del *capo-effettivo* dell'acqua serve a qualunque corrente, e però a qualunque data quantità e qualità di acqua. Ma la *condotta* di un'acqua, essendo subordinata all'uso che se ne vuol fare, non rende indifferente la *qualità* dell'acqua. Sopra abbiamo veduto i principali utili *usi*, ai quali viene ordinariamente destinata una condotta di acqua. Da ciò viene, che la *qualità* rispettiva dell'acqua deve essere trascelta a norma dei benefizii che si vogliono ricavare dalla medesima, sia coll'irrigazione, sia col porre sott'acqua le risaje, sia col procacciare acqua sana per gli usi domestici, sia per ottenere acqua propria ai processi industriali, sia finalmente per formare colmate colla belletta delle acque torbide sopra un fondo per sè stesso perduto. È chiaro da sè che la *scelta* dell'acqua precede per sè medesima ogni veduta nel passare a contrattazioni sopra una presa di acqua. Tosto che un'acqua per la sua naturale qualità riuscisse *nociva*, o almeno contraria all'uso a cui viene destinata, cesserebbe ogni motivo di pensare alla costruzione dell'acquedotto.

§ 623. Alcuni crederanno forse che alla scelta delle acque si debba pensare in que' soli casi, nei quali si tratti di scegliere qualcheduna delle cinque annoverate specie di acquedotto. Imperocchè il più zotico uomo scorge di leggieri che un'acqua per irrigazione non è molte volte adatta ad abbeverare uomini e bestiame; così pure che ogni qualità di acque utili ad usi domestici non riesce acconcia a processi industriali. Ma qui debbo osservare che, anche fissato un dato scopo ossia uso particolare di un'acqua, non riesce indifferente la scelta di lei. Serva di esempio l'uso delle acque per irrigazione. Qui non si tratta di un'acqua più o meno utile, ma bensì di un'acqua utile o nociva. Quando la scelta dovesse cadere solamente fra un'acqua rinfrescante ed un'acqua fertilizzante, si tratterebbe sempre di una qualità *per sè utile:* la differenza non consisterebbe che nel grado di utilità. Ma qui si tratta della scelta fra un'acqua *utile* ed una *nociva*.

§ 624. Parlando di acque *naturali*, possono forse esistere per le irrigazioni acque utili ed aoque veramente nocive? A questa interroga-

zione risponderà per me il Prof. Gioseffo Mari [1]. « Credesi comunemente che tutte le acque dei fiumi sieno sorelle, e che se tante di esse » sono utili alle irrigazioni, lo debbano esser tutte. Se la sperienza non » avesse alcune volte parlato in contrario, la credenza comune ci dispen- » serebbe dall' esaminare la natura dell' acqua. Ne saremo dispensati per » quei fiumi, nei quali abbiamo l'esempio di altre utili irrigazioni. In quel- » li nei quali non se n' è fatto alcun saggio, è prudente consiglio non » fidarsene alla cieca. Belidor ce ne avverte [2]. Può avvenire, egli dice, » che fino a un certo tratto del fiume l'acqua sia d'ottima natura, e che » in seguito contragga alcuna malignità nello scorrere sopra un fondo » che la guasti. Il mezzo migliore di assicurarsene è di trasportarne dal » luogo, ove si medita di prenderla, sull'erbe che vogliońsi irrigare. Nar- » ra M. Gautier, che incaricato da M. Arnou, Intendente generale della » macina, d' esaminare se fossevi mezzo di derivare l'acqua dal Rodano » o da altro fiume, per farla passare ad una sua terra nell' Avignonese, » quegli dopo più livellazioni trovò che non poteva prendersene che dal » fiume d' Aigues, che scorre presso Orange. In via di sperimento fece » scavare un picciolo canale per tutto il tratto intermedio, onde allargarlo » poi, quando riuscisse felicemente. L'acqua a norma del desiderio giun- » se sulle terre di Rochegarde, per inaffiarvi un Cantone assai arido e ste- » rile. Ma con sorpresa estrema di tutti si conobbe che le acque di quel » fiume sparse sul terreno impedivano dal crescere l'erbe che bagnavano. » Cercatane la cagione, si rifuse in certa terra bianca come creta, di che » impregnavasi quell'acqua, che portava sterilità ovunque diffondevasi. »

§ 625. Fingiamo che il possessore dell'acqua fosse un privato, e che per contratto ne avesse accordato l' uso o parziale o totale per la irrigazione delle terre del suo vicino. Ecco un oggetto di contestazione suscettibile di una decisione più o meno rigorosa. Diffatti l'acquirente, tratto dall'opinione comune, che non esista verun' acqua nociva per l' irrigazione, adottò nel caso particolare un errore di fatto che vizia il consenso, stantechè essendosi proposto il benefizio risultante dalla irrigazione, egli ne ritrasse invece un danno enorme. Per parte sua dunque la convenzione riesce nulla, come fondata sopra un errore di fatto che toglie il consenso. Ma per parte del possessore dell' acqua si può fare il se-

---

(1) *L' Idraulica pratica ragionata proposta a' suoi discepoli dall' ab. Gioseffo Mari, pubblico matematico del Dipartimento del Mincio.* Tomo III. pag. 4 e 5. Guastalla dalla Regia Ducale Stamperia, 1802.

NB. Gli altri tomi portano una data diversa, quantunque tutti impressi dalla medesima tipografia.

(2) *Architettura idraulica.* Tom. II. Libro IV. Cap. XIV. n.° 1195.

guente dilemma. O egli conobbe, o egli ignorò la qualità nociva dell'acqua da lui conceduta: se la conobbe, egli fu di mala fede, e però non solamente deve portare la pena della nullità del contratto, ma risarcire anche le spese; o egli ignorò la nociva qualità, ed in questo caso deve sopportare la dissoluzione del contratto.

§ 626. Ciò che fu notato in questo esempio può avvenire in qualunque caso, nel quale *sia espressa la destinazione* dell'acquisto di un'acqua di ragione altrui. Dico che ne sia espressa la destinazione; imperocchè anche nel caso di un'acqua nociva a certi usi per la qualità intrinseca dell'acqua medesima, essa può sempre servire, quale agente puramente meccanico, onde far movere edificii, come fu osservato. Alla destinazione espressa nel contratto si dovrebbe sempre aggiungere almeno la clausola: *semprèchè l'acqua da voi cedutami non sia contraria, per esempio, alla irrigazione, agli usi domestici, al tale processo industriale, ec.* Con questa clausola il contratto diviene *condizionato;* dimodochè, non verificandosi dietro esperimento l'uso contemplato, il contratto non riceve forza alcuna, ma per lo contrario resta di nessun effetto.

§ 627. È per altro una cautela giusta, e suggerita dal senso comune, quella che fu accennata dal sullodato Belidor, di prendere l'acqua *con riserva*, vale a dire in conseguenza di fatto esperimento. Benchè nella pratica ordinaria non accadano questi casi, ciò non ostante è sempre ottima cautela il non determinare la scelta delle acque da condursi, se non dopo accertati esperimenti o altrui o proprii.

Qui solamente, a conclusione dell'argomento della scelta delle acque anche per l'unico ramo delle irrigazioni, io consiglio i prudenti padri di famiglia a leggere la Lezione I. del Tomo III. del citato Mari.

CAPO XXIV.

Della diversa attribuzione della quantità dell'acqua in quanto riguarda la di lei acquisizione.

§ 628. Rare, anzi rarissime sono le quistioni che possono insorgere sulla *qualità* delle acque pattuite; ma frequenti e giornaliere sono quelle che accadono sulla *dovuta quantità*, la quale si suole appellare col nome di COMPETENZA. Queste quistioni variano e si moltiplicano, a norma dei diversi metodi che si usano nella *dispensa delle acque*. Riducendo le idee a sommi capi, la dispensa delle acque si può fare a misura *assoluta*, o a misura *relativa*. Si fa a misura *assoluta* quando si dis-

tribuisce l'acqua a tanti *quadretti*, a tante *oncie*, *digiti* ec. della medesima acqua. Si fa a misura *relativa* allorchè si riferisce al *limite* di un dato *effetto*, al quale un'acqua viene destinata; così dicesi per esempio: *io cedo tanta acqua per irrigare tante misure di un terreno, per far movere un mulino ad una, due o tre ruote, ec.*

§ 629. Oltre il contratto denominato *di dispensa delle acque*, può esistere la cessione di tutto o di parte d'un corpo di acqua. Allora si verifica propriamente la DIVISIONE di tutto un canale dispensatore. Benchè allora la convenzione abbia per oggetto la *quantità* totale o parziale, perpetua o temporanea di un'acqua, ciò non ostante a tale convenzione non si può applicare la denominazione rigorosa e propria di *dispensa*. La *dispensa* racchiude il tacito concetto d'una massa di acqua che per lo più considerasi perenne, e come stabile proprietà di un possessore, il quale la distribuisce a norma delle richieste che gli vengono fatte, senza cessare di essere considerato padrone unico ed esclusivo del canale dispensatore. Così il proprietario d'una cantina di vino, che ne fa vendita ai compratori, viene considerato come il padrone della cantina e del vino domandato. Per lo contrario quando tutta una corrente viene divisa in modo che un ramo della medesima sia alienato, allora cessa l'esclusiva proprietà, e succede la proprietà parteggiata. Ma con ciò stesso cessano le *erogazioni successive*, ed alla così detta *dispensa* delle acque sottentra la mera loro *divisione*.

§ 630. Un esempio chiarirà questa idea. Spieghisi ora e volgasi lo sguardo sulla tav. VIII. Ivi vedesi il canale A B, nel quale l'acqua corre unita fra le rispettive sponde. Suppongasi che per convenzione o per divisione di famiglia si tratti di dividere in perpetuo il corpo intiero dell'acqua di questa corrente fra due acquisitori o compadroni. In questo caso, a norma della direzione e della massa che si vuole distribuire, conviene far costruire un partitore in mezzo all'alveo, e quindi praticare i due canali derivatori segnati sotto le lettere B C, B D, i quali portino ognuno la data quantità di acqua pattuita dalle parti, ed assegnata perpetuamente come loro quota parte della massa intiera della corrente. L'opera di questo partitore viene qui raffigurata nel solido edifizio B C D, che vedesi nella figura. Questo, che chiamasi ora col nome di *partitore*, ora col nome di *divisore*, nel Diritto romano è conosciuto sotto il nome di *dividiculum*, come fu già sopra notato (1). Questi dividicoli

(1) Fatte le condotte delle acque correnti (perchè non servono mai ad un solo), si dividono tra gli interessati col mezzo dei tempi o continui o temporanei. Le divisioni conti-

formano sempre un angolo più o meno acuto contro il filone dell'acqua, onde deviarne la corrente a norma delle competenze, sia pattuite nel contratto, sia stabilite nelle divisioni ereditarie, sia finalmente nelle destinazioni fatte dai proprietarii, nel Codice Napoleone appellate *destinazioni dei padri di famiglia.* La materia di questi partitori o dividicoli può essere di varia natura, e può essere di varia costruzione, siccome si può vedere anche presso gli espositori dell'architettura delle acque.

§ 631. In questo caso ognun vede che qui non si tratta nè punto nè poco di un commercio d'acqua, ma bensì di una mera divisione o assegnazione di proprietà. Questo rassomiglia al caso del padrone di un fondo stabile, il quale ne aliena una parte; ovvero rassomiglia alla divisione di un fondo ereditario fra i rispettivi successori nella stessa eredità. Per lo contrario la dispensa delle acque rassomiglia alla vendita fatta dal possessore di un fondo delle derrate o di altri prodotti del medesimo a coloro che li dimandano. Così il padrone d'una cava di marmi, di pietre, di sassi calcari, ne distribuisce le vendite o saltuarie o periodiche ad altri compratori; così il padrone di un bosco ceduo ne distribuisce i legnami od altri prodotti, sia eventualmente, sia a contratti periodici, agli acquirenti che ne fanno ricerca. Ecco a che rassomiglia il contratto della dispensa delle acque, e come differisca dalla divisione e alienazione vera parziale o totale delle medesime.

§ 632. Parimente nel caso dell'uso delle acque obbligato coll'impiego del pieno canale si potrebbe facilmente confondere il contratto di dis-

---

nue sono quelle che si fanno col mezzo dei *dividicoli* o *partitori* stabili. Questi sono fabbriche che si fanno dentro gli acquedotti, e servono ad ammaestrare l'acqua medesima a dividersi, ed a correre, per avanti separata, dentro diversi canali, e con la proporzionata quantità che ricercano le ragioni d'ognuno.

Le divisioni temporanee sono quelle, per cui l'acqua correndo sempre tutta in un corpo, il tempo solo si divide in giri o ruote limitate di giorni, ovvero di tanti giorni ed ore per ciascheduna ruota, distribuendosi poi quel tempo delle ruote a quelli che n'hanno la ragione, dandosi a ciascheduno tanta quantità del tempo d'ogni ruota, quanta ne compete alla loro ragione; e finito il corso di una ruota, l'altra comincia, restando l'acqua sempre unita, solamente variandosi nell'andare divisa ora per uno, ora per un altro canale, in varie parti guidata da' partecipanti, secondo il tempo loro.

Sono fabbriche assai famigliari negli acquedotti di Lombardia quelle dei *dividicoli* o *partitori* che li vogliam chiamare: questi tengono le loro proprie ragioni, per essere bene fabbricati e ben disposti.

Barattieri, *Architettura delle acque,* Parte II. Libro IV. Capo I.

Da questa esposizione si deduce, che anche nel linguaggio dell'arte si distingue assai bene la *divisione* delle acque dalla loro erogazione.

Il sistema ed il modo di queste erogazioni costituiscono appunto quella che si chiama *dispensa delle acque*. Di più è da notarsi, che quella che dicesi *ruota del tempo* corrisponde all'italiano *torno,* che nell'idioma vernacolo si dice *turno*.

pensa propriamente detto col contratto di semplice uso. È vero che colla irrigazione, per esempio, a canale pieno si fa una dispensa di acque; ma, propriamente parlando, nemmen qui ricorre l'idea consueta che si suole annettere al vocabolo di *dispensa delle acque*. L'uso anche avvicendato di tutta l'acqua di un canale, come nell'esempio rappresentato dalla tav. V., non offre l'esempio di una *dispensa*, ma bensì del *godimento* temporaneo ed avvicendato di tutto un canale, simile al godimento o all'usufrutto o all'uso di una data cosa per un tempo determinato, o pel ritorno periodico di dati intervalli. In breve, tutte le volte che nella distribuzione delle acque non entra una specificata misura, sia assoluta, sia relativa, come sopra fu spiegato, non si può dire che, giusta la nozione comune, si verifichi il vero concetto della *dispensa* delle acque; bensì si verifica il godimento delle medesime, sia perpetuo, sia temporaneo, sotto certe condizioni, cui piacque ai contraenti di stabilire.

§ 633. Importa assaissimo distinguere la natura ossia i caratteri proprii e specifici di questi diversi contratti, onde determinare in conseguenza, sia i diritti e gli obblighi rispettivi delle parti, sia le cautele conseguenti di fatto e di ragione, colle quali si possa guarentire l'interesse scambievole tanto dei concedenti, quanto degli acquirenti. Allorchè diffatti non si tratta che del corpo intiero di un'acqua, le cautele che ne riguardano l'uso non importano le indagini scrupolose, nè le precauzioni minute e varie che si esigono in tutti que' casi, nei quali si tratta di distribuire le acque in una data misura, sia assoluta, sia relativa, conosciuta sotto il nome di *erogazione*. In questi ultimi casi è forza entrare in calcoli, nei quali si tenga conto di tutti gli elementi che possono concorrere a costituire una data massa di acqua; e quindi conviene tener conto di tutte le cagioni che concorrono ad accrescerne o a diminuirne la rispettiva quantità. Allora vengono in campo le misurazioni e le diverse maniere colle quali si può stabilire la diversa quantità ricercata. Le leggi civili sono necessariamente pedisseque del fatto naturale di queste misure, e non possono che riportarsi agli usi ricevuti ed ai segnali di convenzione adottati per distribuire a misure determinate le acque, sia ferme, sia correnti. Così parlando degli altri oggetti commerciabili, le leggi medesime si riportano ai pesi ed alle misure, sia lineari, sia superficiali, sia di capacità, adottate dalle popolazioni nel commercio loro, sia privato, sia pubblico. In conseguenza di ciò dobbiamo, prima di entrare nella dottrina delle contrattazioni, conoscere i modi diversi coi quali queste erogazioni vengono stabilite e praticate. Senza di ciò non si potrebbe conoscere nè il fatto delle diverse convenzioni, nè

la forza delle diverse leggi che alludono a tali erogazioni. Noi abbiamo colla legge romana già accennato il caso, nel quale un fratello assegna nel Diritto romano un *digito* d'acqua all'altro fratello per usarne a beneplacito (1). Se il giureconsulto ignora che cosa sia questo *digito*, se egli sia maggiore o minore dell'oncia, e quale quota parte costituisca dell'asse ossia del tutto, potrà giammai questo giureconsulto in una quistione occorrente stabilire i limiti dell'oggetto ceduto e goduto, e gli obblighi, sia perpetui, sia temporanei, del concedente? Per nostra mala sorte coloro che si applicano allo studio delle leggi non sogliono ben comprendere il vero significato della misura effettiva e contrattuale delle acque. Egli è per ciò che debbo entrare nelle seguenti specificazioni.

CAPO XXV.

Avvertimento principale per intendere e determinare la quantità dell'acqua nei contratti di dispensa.

§ 634. L' utente di un' acqua si presentò una volta ad un canuto avvocato, esponendogli una sua quistione in punto d'erogazione di un' acqua. Egli, dopo avergli descritto lo stabilimento della sua bocca di erogazione, lagnavasi di non avere la dovuta competenza, malgrado che l'acqua uscisse sempre a getto pieno dalla bocca stabilita. Il legale interrogò il suo cliente: Questa bocca è stata mutata? — Signor no, gli rispose il cliente. — L'acqua corse sempre? — Signor sì. — Dunque tu hai avuto la tua competenza. — Signor no: mi mancano all' ingrosso tanti quadretti d' acqua. Ma la bocca, dalla quale esce l'acqua, è piena o calante? — È sempre piena. — Come dunque può accadère che tu manchi della tua competenza? — Perchè il battente, che prima era di due oncie lineari di braccio, ora fu ridotto ad una sola oncia. — Ma che ha a far questo colla mancanza d'acqua, se la bocca non è calante? Come vi può essere mancanza, se l'acqua sorte a bocca piena? — Ha da fare moltissimo, perchè due oncie lineari pesando più di una, e premendo più di una, spingono dalla stessa bocca piena in un dato tempo più acqua, che la pressione di un' oncia sola. — Io non voglio entrare in queste tenebrose ricerche. Come legale importa che tu mi faccia constare della *quantità finita* del danno, per poter promovere una domanda finita d' indennità. Ora come sarà possibile concretare la domanda d' indennità, se tu non concreti i limiti della quantità mancante? L'acqua

(1) Capo III. § 8. Leg. 87. Dig. *De servitute praediorum rusticorum.*

si misura forse come un mucchio di fieno, come i mattoni da fabbrica, come un monte di terra, a quadretti distinti? Come mai in un'acqua, che corre sempre, si può determinare una precisa e distinta mole successiva? Come distinguere quadretto da quadretto, volume da volume, metà da metà, moggio da moggio, boccale da boccale? — Taluno crederà che questa obbiezione sia favolosa, o che questo esempio non siasi verificato che per uno strano accidente. Eppure, per nostra vergogna, è un caso che si può verificare pressochè tutti i giorni nel rispettabile ceto, almeno del volgo dei nostri giureconsulti. — Ma come farete voi capire che un' acqua continuamente corrente si possa misurare come si misurano le altre derrate, che si dispensano almeno colle misure di capacità? Ecco ciò che almeno all'indigrosso ogni legale, ed ogni possessore ed utente di acqua deve sapere, onde o non essere corbellato, o pigliare abbaglio tanto nei contratti, quanto nell'uso di dette acque.

§ 635. Fingete un tino pieno d'acqua. A questo tino sia applicato un cannone, il quale comunichi con una vasca di acqua provveduta sempre dal giuoco di una tromba aspirante, che estrae l'acqua da un pozzo. Questo cannone abbia una chiave di fontana detta volgarmente *robinetto*, mercè il quale si possa togliere o scemare o accrescere l'acqua che, scorrendo pel cannone, somministra l'acqua al tino suddetto. Ora fingasi che al basso di questo tino ad una data altezza sia praticato un foro di un certo diametro. Appostovi un breve cannello d'una data lunghezza, si apra questo cannello, e si lasci sortire l'acqua in un bigoncio, il quale sia graduato, e che si sappia quanti boccali d'acqua possa contenere; avvertendo che l'acqua nel tino sia sempre tenuta allo stesso livello collá emissione del cannone suddetto. Sia preparato un orologio a pendolo che batta i secondi, simile a quello che viene usato dagli astronomi: all'aprirsi del cannello si comincino a contare i minuti secondi. In tanti minuti secondi l'acqua ch'esce dal tino, e che viene mantenuta sempre allo stesso livello coll'artificio sopra preparato, empirà il dato bigoncio al segno sopra fissato. Allora chiudete il cannello, fuori del quale scorreva l'acqua dal tino. Che cosa avrete voi? Conoscerete che in tanti minuti secondi un'acqua continuo scorrente è sortita in tanta quantità da un recipiente, dal quale soffriva la pressione costante già misurata. Potrete dunque dire: in tanti minuti sono sortiti tanti boccali d'acqua da un foro avente il diametro di tanto, e con una colonna di pressione di tanto.

Ora domando: benchè l'acqua corra continuamente, misurate voi o no la quantità sortita a boccali finiti, come se fosse sempre riposata? Più ancora: voi saprete che a proporzione che l'acqua incombente e che so-

prastà al vostro foro è maggiore, dal foro stesso ne sorte una quantità maggiore. Tutti i cantinieri e tutte le persone di servigio, che usano cavare il vino da una botte, si accorgono che, scemando la massa del vino ed abbassandosi il pelo del fluido, si ha un getto meno lontano, meno forte, e per empiere i bigonci o le brente si esige un tempo maggiore, a proporzione dell'abbassamento che fa il livello del vino.

§ 636. La testa di un fontanile munita del suo bottino, le conserve di acqua conosciute e praticate nella costruzione delle fontane, i *conceptacula* e i castelli dei Romani, che cosa sono e che cosa furono diffatti, fuorchè esempii in grande dello sperimento sopra descritto e proposto? Più ancora: quando al fianco di un canale dispensatore, la di cui ripa opposta alla bocca sia parallela, io applico una tromba, che cosa pratico io realmente, fuorchè una trasformazione del sopra descritto esperimento? Ciò posto, è da osservarsi che quello che decide nella pratica, secondo i maestri dell'arte, per somministrare la velocità, e quindi una successione più o meno rapida di tante misure d'acqua, è la pressione che l'acqua viene ad avere sopra la luce della bocca, per la quale essa sorte. Qui adesso non teniam conto, per non complicare le idee, della pendenza dell'alveo di un canale capace d'accrescere la celerità della corrente. Converrebbemi esporre ciò che gl'idraulici hanno con tanta cura insegnato, e confonderei le prime idee di un lettore ignaro di questa materia. Basti soltanto avere mostrato come, malgrado il non interrotto deflusso di una corrente, si possa giungere a determinare quante misure d'acqua, almeno approssimativamente, possano sortire da un dato foro e da una data bocca sommersa sotto il pelo dell'acqua or più, or meno. Questa sommersione contenuta, e per la quale la bocca di erogazione sta sotto il pelo dell'acqua, chiamasi *battente*. Mirate la figura 3. tav. VI. Ivi colle lettere A B C D si esprime una lastra di pietra, nella quale fu praticata la bocca *a b e f*. Questa appellasi anche *luce libera*. Se questa lastra fosse contrapposta ad una corrente chiusa più alta della lastra medesima, o che arrivasse al livello della linea A D, è chiaro che l'acqua, che tenterebbe uscire, parte scapperebbe fuori dell'apertura *a f e b*, l'altra parte poi darebbe di cozzo contro il rimanente della parte superiore di detta lastra; talchè batterebbe contro il pezzo superiore *c a d b*. Questo pezzo chiamasi BATTENTE, perchè l'acqua batte di fronte e continuamente contro tale ostacolo. È però da osservarsi che l'importanza di questo battente non consiste nella qualità dell'ostacolo, ma bensì nell'essere un rappresentativo dell'altezza dell'acqua soprastante alla bocca. Così nella nostra figura supponendo che l'altezza *a c* sia di

due once, e supponendo che l'acqua tenga il livello della linea A D, avremo lungo la corrente, o almeno nel recipiente, uno strato di due once superiore, che premerà le colonne inferiori di acqua, e che per conseguenza comunicherà loro una data velocità. Ma siccome da questa velocità unita agli altri elementi si determina la misura dell'acqua, così s'incomincia a sentire il motivo pel quale si annette tanta importanza a quello che chiamasi *battente di una bocca d'erogazione*. Egli forma il criterio visibile, onde distinguere e determinare se dalla luce libera esca la destinata quantità; egli è il segnale sensibile di quanto viene erogato o sottratto: e però si ricorre sempre ad osservare questo battente, per assicurarsi dell'interesse delle parti.

§ 637. Affinchè poi i lettori abbiano un esempio sensibile della collocazione delle bocche, si degnino osservare la tav. VII. Ivi A B denominasi *canale dell'erogazione dispensatore;* C D forma il *canale derivatore.* Alzata la cateratta cautelata, come ivi si vede, l'acqua entrata per la bocca di estrazione scorre in C E. Giunta in E, trova la bocca di uscita, quale appunto abbiamo figurato colla lastra di pietra della tav. VI. fig. 3. Ivi giunta alla lineetta nera, che forma il labbro superiore della bocca in E, si trova appunto il battente figurato.

§ 638. E per avvalorare tanto con una classica autorità, quanto con una ingegnosa e lucida favola, il sovra proposto pensiero del come si possa misurare la quantità di un'acqua corrente, onde ridurla poi agli usi pratici del commercio e dei contratti, mi varrò delle parole del celebre Castelli, che si può dire il fondatore della Idrometria moderna. Allorchè egli pensò di determinare la terza dimensione delle acque correnti, la quale fino a' suoi giorni rimase incognita, volendo comunicarne all'ingrosso il concetto, imaginò la seguente favola.

« Fu già nei tempi antichissimi, avanti che l'arte maravigliosa del » tessere fosse in uso, ritrovato in Persia un ricchissimo e strano tesoro, » il quale consisteva in una grande moltitudine di pezze d'ermesino, da» masco o broccato che si fosse, e credo che arrivasse a ben due mila » pezze, le quali erano di tale condizione, che ancorchè la loro larghezza » e grossezza fosse finita e determinata, conforme a quello che si usa » ancora di presente, in ogni modo la lunghezza loro era in certo modo » infinita, perchè senza mai mancare uscivano quelle due mila pezze coi » loro capi giorno e notte, senza intermissione di quiete, a segno che di » ciascheduna pezza uscivano cento canne al giorno da una profonda ed » oscura spelonca, consacrata dalla superstizione di quei popoli alla favo» losa Aracne. In quei primi tempi (credo che fossero di quella tanto lo-

» data ed invano sospirata età dell'oro) era in libertà di ognuno il ta-
» gliare da quelle pezze quella porzione che gli pareva, senza difficoltà
» nessuna; ma peggiorandosi poi e corrompendosi quella felicità igno-
» rantissima del *mio* e *tuo*, termini veramente perniciosissimi, origine di
» tanti mali, e cagione di tutte le discordie, furono da quelle genti poste
» alla spelonca forti e vigilanti guardie, le quali avessero pensiero di ven-
» dere la mercanzia; ed in questa maniera cominciossi a far guadagno
» sopra la ricchezza di quel tesoro, vendendo a diversi negozianti il jus,
» per così dire, di quelle pezze, a chi di una, a chi di due, ed a chi di
» più: ma, quello che fu peggio di tutto, furono dall'ingorda avarizia
» ritrovate sottilissime invenzioni per ingannare ancora i mercanti che
» venivano per comprare la suddetta mercanzia, e rendersi padroni chi
» di uno, chi di due, e chi di più capi di quelle pezze di drappo; e par-
» ticolarmente furono accomodate nei più reconditi segreti della spelonca
» alcune macchine ingegnose, con le quali, ad arbitrio delle guardie, si
» ritardava la velocità di quei drappi nell'uscita della spelonca, in modo
» che quello che di ragione doveva avere 100 canne il giorno di drappo,
» non ne aveva più che 50; e quelli che ne dovevano avere 400, gode-
» vano il beneficio solo di 200; e così tutti gli altri venivano defraudati
» della loro ragione, essendo il soprappiù venduto, usurpato e dispensato
» secondo la volontà degli avari ministri: talchè il negozio camminava
» confusamente, senz'ordine e senza giustizia; in modo che la dea Ara-
» cne, sdegnata con quelle genti, privò tutti di quel beneficio, chiudendo
» affatto con un terribile terremoto la bocca della spelonca, in pena di
» tanta empietà e malizia. Nè valse loro lo scusarsi con dire che mante-
» nevano al compratore la pattuita larghezza e grossezza del drappo, e
» che della lunghezza, essendo infinita, non si poteva tener conto nes-
» suno; perchè il savio e prudente sacerdote della spelonca rispose, che
» l'inganno consisteva nella lunghezza, la quale veniva defraudata, men-
» tre si ritardava la velocità del drappo nell'uscita; e quantunque la lun-
» ghezza totale del drappo fosse infinita, non finendo mai d'uscire, e però
» incomprensibile in ogni modo, la lunghezza sua considerata a parte a
» parte, la quale usciva dalla caverna ed era negoziata, restava sempre
» finita, e poteva essere ora maggiore ed ora minore, secondo che veniva
» ad essere costituito il drappo in maggiore o minore velocità; e sog-
» giunse di più, che la buona giustizia ricercava che quando si vendeva
» una pezza di drappo, e il dominio di essa, non solo doveva essere sta-
» bilita la larghezza e grossezza del drappo stesso, ma ancora si doveva
» determinarne la lunghezza, determinando la sua velocità.

« Il medesimo disordine e confusione, spiegati in favola, seguono per » appunto in istoria nella distribuzione delle acque delle fontane, mentre si vendono e si comprano, avendo riguardo solamente alle due di» mensioni, della larghezza dico e dell' altezza della bocca che trasfon» de l'acqua; e per rimediare ad un tale inconveniente è necessario sta» bilire ancora la lunghezza nella velocità, imperocchè mai si potrà for» mare verun concetto della quantità del corpo delle acque correnti con » le due sole dimensioni della larghezza ed altezza, senza la lunghez» za » (1).

§ 639. L'oggetto di questa lettera, propostosi dal Castelli, era quello di dimostrare che colla cognizione della velocità delle acque correnti si viene a conoscere la lunghezza dell'acqua stessa. La sua proposizione fondamentale, che vedesi inserita anche in un Discorso sopra le bonificazioni del Ferrarese, Bolognese e Romano, si è, che gli alzamenti di un'acqua corrente, fatti per nuova acqua che sopravvenga nel fiume, sono fra loro come le radici quadrate della quantità dell'acqua che corre.

Questo basti per ora ad aprire almeno all'indigrosso l'intendimento della Idrometria, ossia della misura delle acque correnti ad uso delle contrattazioni. Chi amasse chiarire le sue idee, ed istruirsi più largamente su questo punto, potrà appagarsi studiando l'Appendice qui annessa di un valente ed ora defunto idraulico.

CAPO XXVI.

Nozioni sulle misure metriche delle acque, per intelligenza sì delle leggi, che dei casi contrattuali.

§ 640. Tuttodì si sente parlare di *once d'acqua*, e tuttodì si usa questa denominazione in sensi affatto diversi. Per ciò che importa l'interesse degli utenti conviene conoscere le diverse applicazioni di questa parola, e, quel che più importa, conviene por mente quale sia la misura almeno ideale, di cui si fa uso per determinare la domanda di una data quantità di acqua. Spesso accade sentire ad esporre, che per quel dato campo, per quel dato prato occorrono tante once o continue o interrotte di acqua; che tante ne abbisognano per far girare quel mulino, per animare quell' opificio, e così discorrendo. Ma si è bene avvertito quale concetto si volga in mente allorquando annunziamo siffatte proposizioni? Se io

(1) Questa si trova inscrita in una lettera dello stesso D. Benedetto Castelli, Abate Cassinese, in data del monistero di S. Calisto di Roma, 12 Agosto 1639, scritta a Monsig. D. Ferrante Cesarini.

figuro una data massa d'acqua a guisa di una pasta che si distende sopra un dato piano largo appunto come quel prato o quel campo, e se col pensiero io figuro che questa pasta deve essere più o meno sottile, più o meno grossa; in tal caso posso trovare un misuratore comune e solido, col quale, dividendo questa pasta in tanti dadi minuti o in tanti prismi ec., potere esprimere con numeri finiti la massa di questa pasta. L'essere fluida un' acqua non impedisce nè punto nè poco che col pensiero io non possa fare questa divisione, e quindi che io non possa stabilire un comune divisore solido, cioè avente lunghezza, larghezza e profondità; perocchè anche l'acqua è un corpo, il quale sotto volumi diversi e staccati può offrire tutte le particolarità di un solido. È cosa importante conoscere questo comune misuratore, assunto e contemplato nella dimanda e nella destinazione delle acque nei bisogni comuni della vita sociale, come è interessante conoscere tutte le misure di capacità, delle quali si fa uso nel commercio giornaliero. Se tu non conosci quanto cape un boccale, un moggio, un coppo, potrai mai contrattare oggetti fluidi o derrate minute con cognizione di causa? Potrai mai comprendere una questione che venga eccitata, e nella quale la parte si quereli d'essere stata lesa in un contratto, o defraudata nella esecuzione? Ora parlando della dispensa delle acque importa appunto conoscere il comune misuratore del quale si fa uso, tanto per commerciare avvedutamente, quanto per decidere con giustizia e verità.

§ 641. Il vocabolo *oncia* pare ereditato dai Romani, i quali ne fecero uso come di misuratore universale sì nelle leggi che nei contratti civili. Ad un tutto ancora indiviso imposero il nome di *asse*. Questa denominazione fu applicata persino a quegli oggetti che non cadono sotto i sensi, come sarebbe alle eredità. *Asse ereditario* chiamarono tutto il compendio sì dei beni corporali, che delle ragioni ed azioni annesse ad una successione. Allorchè volevano esprimere che un tale fu instituito nella totalità di un patrimonio, dicevano che era stato instituito *ex asse*.

§ 642. Questo *tutto* fu dai Romani medesimi diviso sempre in dodici parti. Quindi la divisione duodecimale per essi fu dominante tanto nelle misure lineari, quanto in quelle di capacità; tanto nelle monete, quanto nell'agrimensura; tanto nel dividere le superficie, quanto nel distribuire i volumi. Questa dodicesima parte di un dato *tutto* è quella che chiamasi ONCIA (1). Tale costume fu conservato pressochè in tutta Italia, e si

---

(1) Nelle leggi romane troviamo spesso fatto uso del nome *oncia;* ma in materia di acque troviamo nominato come misura anche il *digito*. Che cosa era il *digito?* Era forse una frazione dell'oncia? era forse una misura comprensiva di più once? Rispondo che il digito

diffuse eziandio presso straniere nazioni, le quali al braccio o al piede diedero la divisione dodicesimale. Così il piede di Parigi viene diviso in dodici pollici, che si potrebbero dire once; ed ogni pollice poi è suddiviso in dodici linee, che si potrebbero dire punti, ec.

§ 643. Colla misura lineare si passa alla superficiale, e colla superficiale alla solida. Preso un dato braccio o piede, qualunque siasi, e considerato a guisa di una linea, questa viene divisa in dodici parti: ecco l'*oncia lineare.* Facendo scorrere questa linea, e figurando che si prolunghi il suo flusso in modo che l'altezza sia eguale alla lunghezza dell'oncia lineare medesima, e che sotto stiavi una superficie piana, si genera l'oncia superficiale, ossia l'oncia quadrata. Figurando poi che sei di queste superficie a guisa di scatola perfettamente quadrata chiudano un dato volume, si viene a formare un dado, il quale ha le sue sei faccie tutte uguali e ad angolo retto: ecco l'*oncia solida.* Quest'oncia solida formerebbe la dodicesima parte di un prisma, il quale rappresenterebbe il dato braccio con larghezza, lunghezza e profondità. Pigliando dodici di questi prismi, vengo a formare un tavolino quadrato, il quale conterrebbe centoquarantaquattro di questi dadi od once solide. Prendendo poi dodici di questi tavolini o strati solidi, verrei a formare il braccio solido.

§ 644. Considerando la sola superficie d'uno di questi strati compo-

non era nè l'uno, nè l'altro. Esso era una misura indipendente dall'oncia, come il pollice del piede parigino era indipendente dall'oncia lineare del braccio milanese e di altri paesi.

L'oncia era la dodicesima parte del piede romano antico; il digito per lo contrario era la sedicesima. L'oncia romana lineare era eguale (meno la grossezza di un capello) alla metà dell'oncia lineare del braccio milanese, come mi sono assicurato con un modello fabbricato dal Meghele. Dunque il *digito* corrisponderebbe ad una trentesimaseconda parte del suddetto braccio, tranne una minima differenza. In prova di ciò ecco le parole di Frontino. « Aquarum moduli aut ad digitorum aut ad » unciarum mensuram instituti sunt. Digiti » in Campania et in plerisque Italiae locis; » uncia in .... observatur. Est autem digitus » sextadecima pars pedis; uncia duodecima. » E qui proseguendo osserva essere stata posteriormente inventata una terza misura, la quale non ha origine nè dall'oncia, nè dal digito. Questa (secondo la tradizione invalsa) fu attribuita ad Agrippa, primo curatore degli acquedotti sotto Augusto. Siffatta terza misura o modulo è la così detta *quinaria.* L'origine più probabile, secondo Frontino, di tale denominazione si è, che il diametro della fistola o cannone sia di cinque quadranti di digito. Il quadrante è uguale a tre dodicesimi di un tutto. Il diametro della quinaria stava dunque a quello dell'oncia come 15 a 16. « Omnis » autem modulus aut diametro aut perimetro » aut areae mensura, ex quibus et capacitas » apparet. Differentiam unciae digiti quadrati » et digiti rotundi et ipsius quinariae ut facilius dignoscamus, utendum est substantia » ipsius quinariae, qui modulus et certissimus » et maxime receptus est. » Chi bramasse istruirsi di tutte le misure romane delle acque, e dei ragguagli sia fra loro, che colle moderne, può consultare la detta Opera di Frontino nell'edizione del Poleni, all'articolo 24 e seguenti.

sti di 144 quadratelli, io tosto osservo che la dodicesima parte della superficie di questo strato può meritare anch' essa il nome di *oncia*, sinonimo appunto della dodicesima parte di un *tutto*. Ma nello stesso tempo avverto che la denominazione di *oncia* non mi suggerisce più il concetto dell'oncia *elementare* e primitiva, colla quale ho generato queste superficie; ma bensì assume una diversa significazione, ossia meglio un'*applicazione di mera analogia*. Tale applicazione consiste nell'imporre alla dodicesima parte della superficie di questo strato il nome identico, perchè il rapporto della sua dodicesima parte a tutta la superficie è simile a quello della dodicesima parte della linea o del braccio a tutto intiero il braccio medesimo.

§ 645. In questo secondo senso appunto il nome di *oncia* viene applicato presso di noi ai *moduli* delle acque, o, a dir meglio, alle bocche per le quali esce un'acqua che si vuole dispensare. Data diffatti un'apertura rettilinea, la quale abbia per base tre dodicesime parti del braccio di fabbrica adottato, e per altezza quattro di queste dodicesime parti, ognuno vede che la superficie del vacuo sarà di dodici once superficiali; vale a dire, volendo traforare una lastra, sia di metallo, sia di pietra, io dovrò togliere da questa lastra un parallelogrammo ossia un quadrilungo, il quale abbia tre parti da un lato, e quattro dall' altro.

§ 646. E siccome nel commercio della vita conviene riportarsi ad un dato divisore convenuto e riconosciuto, così si è assunta la dodicesima parte del braccio lineare come unità di convenzione, onde avere un oggetto conosciuto nelle contrattazioni e nei giudizii. Dunque la bocca di un'oncia di acqua è propriamente un modulo, ossia un vacuo pel quale passa un'acqua corrente, il perimetro ossia circuito del quale da due lati paralleli e rettangoli ha tre dodicesime parti del braccio di fabbrica, e dagli altri due ne ha quattro. Il nome di *modulo* è propriamente quello usato dai Romani; talchè parlando esattamente di una bocca, non si dovrebbe dire *oncia di acqua*, ma *modulo* della così detta oncia secondaria e superficiale sopra spiegata.

§ 647. Ma qui non finisce ancora il significato di *oncia*, parlando di acque correnti. Il nome di *oncia* si assume in un terzo senso del tutto disparato, col concetto del quale non sarebbe possibile concretare veruna dimanda senza tradurre le idee in quadretti, ossia in *once solide primitive*, quali sopra furono spiegate. Questo terzo senso disparato è quello che si usa tuttodì chiamando *oncia di acqua* una corrente che passa per il modulo sopra descritto, col battente di once due soprastante alla luce o bocca di erogazione. Attribuire il nome di *oncia* a questa corrente

egli è lo stesso che attribuire il nome di *braccio* ad una processione di pigmei ch'escono da una porta alta e larga un braccio con un dato passo o con una data velocità costante. Ad ogni modo, poichè nel linguaggio convenzionale a questa corrente, ch'esce dal modulo suddetto, fu attribuito il nome di *oncia d'acqua*, conviene sempre applicare l'idea che piacque associarle, onde intendersi nel comune commercio.

§ 648. Ho detto che con questa terza significazione o applicazione della parola *oncia*, presa per sè sola, non è possibile provvedere ai bisogni della contrattazione; attesochè conviene sempre soggiungere il modo col quale io possa sapere quanti dadi d'acqua sortono in un dato tempo, e possono formare un dato volume e una data massa, da distribuirsi secondo il bisogno sopra la superficie determinata di un prato, di una risaja o di un campo da irrigarsi. Diffatti ciò che m'importa sapere si è, se io avrò tanti boccali o tante brente di acqua capaci ad inaffiare un dato terreno. Ora coll'idea generale di una corrente che sorte da una data bocca con una data pressione non mi si offre alla fantasia verun dato preciso, onde ammassare il volume d'acqua di cui ho bisogno. Io non ho un punto fisso a cui arrestarmi; io non ho il modo di formare il mio monte di acqua da distribuire secondo il bisogno. Dunque conviene per necessità tradurre l'idea di questa corrente, e ridurla a formare quel monte. Ciò fatto, converrà sempre che io adoperi un *divisore comune solido* ricevuto e riconosciuto, per distendere questo monte di acqua sulla faccia del mio prato, della mia risaja, del mio campo, e distribuirvela più o meno grossa, più o meno sottile, a norma delle esigenze dell'agricoltura. Ma per far ciò che cosa abbisogna? Determinare la massa di acqua che dentro un dato tempo esce dal dato modulo, e formarne il monte sopra indicato capace a soddisfare al mio bisogno. Ma per fare sì l'una che l'altra operazione conviene necessariamente che io ricorra ad un misuratore comune e riconosciuto, e quindi che io abbandoni tanto l'idea dell'*oncia-modulo*, quanto l'idea dell'*oncia-fluente*, e che mi attenga e dia di mano all'*oncia solida originaria e primitiva*, vale a dire alla dodicesima parte del braccio ridotta in forma di dado, e che con questo metro passi a determinare la quantità e la distribuzione da me bramata. Il nostro spirito deve finalmente riposare sopra questa idea, e tenerla ferma come la moneta o il denaro che si usa nelle contrattazioni, per concretare il valore delle cose. Senza di ciò siamo gettati in vaghe e fluttuanti considerazioni, nè possiamo intenderci giammai, nè fissare nulla di preciso e sicuro tanto per lo stato reale delle cose, quanto per la guarentigia dei nostri interessi.

CAPO XXVII.

Sanzione pubblica della maniera di misurare le acque, onde regolare le erogazioni.

§ 649. Le poche nozioni che abbiamo allegate nel Capo antecedente servono soltanto per intendere all'ingrosso la massima della misurazione delle acque sì nei contratti che nei giudizii. Più sotto, allorchè tratteremo questioni pratiche, ci verrà fatto di far intendere quanta, col voltare la stessa bocca in su, malgrado che venga conservata la luce come sta, quanta frode venga fatta al padrone che dispensa le acque. Parimente avremo occasione di allegare altri particolari che possono accadere in giornata, onde evitare rabbiose contestazioni. Qui, per lume dei legali, importa dimostrare che le basi adottate fanno autorità positiva; perocchè se in pubblici Trattati diplomatici furono consacrate per l'interesse di due diverse popolazioni e di due finitimi Governi, a più forte ragione queste basi dovranno riconoscersi autorevoli e sicure fra privato e privato. L'occasione in cui queste basi furono sanzionate in un pubblico Trattato viene riferita dal defunto Professore Brunacci nella sua Memoria coronata dalla Società Italiana li 29 Novembre 1814 (1).

« Per accomodare le vertenze che in materia di acque continuamente sorgevano tra gli abitanti di queste due Provincie (cioè la veronese e la mantovana), sudditi i Mantovani della Casa d'Austria, i Veronesi della Repubblica Veneta, fu nel 1752 ad Ostiglia fatto un Trattato per regolare tra i mentovati abitanti l'*uso delle acque* del Tartaro, e di altri fiumi e canali. Alcune aggiunte, sotto il nome di *dichiarazioni*, furono fatte a questo Trattato nel 1753 a Roveredo; ma nel 1764 fu fatto un Trattato solenne fra Sua Maestà l'Imperatrice Maria Teresa e la Serenissima Repubblica, ed in questo non solo si riconobbero e giustificarono le competenze di tutti i privati, ma ancora si fissò un modo stabile e generale per la modellazione delle bocche; si adattarono effettivamente tutte le bocche, onde non dessero nè più nè meno delle competenze; e per quelle bocche che per alcune ragioni non si pote-

(1) *Quale tra le pratiche usate in Italia per la dispensa delle acque è la più convenevole, e quali precauzioni ed artifizii dovrebbero aggiungersi per intieramente perfezionarla, riducendo le antiche alle nuove misure (metriche). Memoria del sig. Cav. Vincenzo Brunacci, Membro della Società Italiana delle Scienze ec. ec., coronata dalla stessa Società li 29 Novembre 1814.* Verona, dalla tipografia Mainardi, 1814.

» rono assoggettare a queste misure, si fissarono una volta per sempre » le figure, dimensioni e situazioni delle parti loro. »

« Egualmente si stabilirono una volta per sempre tutte le figure, » dimensioni e situazioni dei sostegni, traverse, ed altri ostacoli e lavori » che doveano mantenersi continuamente o temporaneamente nelle ripe » o nei letti de' fiumi, onde le acque si mantenessero a quelle altezze, » o si volgessero a quelle bande che si desiderava. »

Il modo generale della modellazione e costruttura delle bocche, prescritto in questo Trattato, è quello ch'è pienamente in uso anche a' nostri giorni (1), e che ho indicato col nome di *pratica usata per la dispensa delle acque nelle Provincie mantovana e veronese.*

Ecco quali sono le regole che i periti fissarono in questa occasione, pag. 99, allegato VII., Mantova 10 Novembre 1764.

« Dovendosi, a tenore degli ordini dell' Eccellentissima Commissio- » ne, correlativi a quanto è restato inteso tra Sua Maestà l' Imperatrice » Regina e la Serenissima Repubblica di Venezia, spiegare quelle regole » con cui debba farsi la modellazione delle bocche sì veronesi che man- » tovane, le quali prendono acqua dal Tartaro e suoi influenti, sono con- » venuti gl' infrascritti nei seguenti articoli. »

« 1.° Per *quadretto veronese d'acqua* dovrà intendersi quella quan- » tità di acqua ch' entra per pura pressione dell' acqua sovrastante alla » soglia in una bocca di un piede veronese quadrato, che abbia due once » di altezza d' acqua appoggiata al lembo superiore, ossia cappello della » bocca medesima » (2).

« 2.° Per computare la quantità di acqua ch' entra per pressione in » una bocca di un quadretto, o di più quadretti, si dovrà osservare la leg- » ge adottata dai più accreditati idraulici teorici e pratici, e confermata » dalla sperienza, che la velocità dell' acqua ch' entra in una luce per » pressione dell' acqua sovrastante, è come la radice quadrata dell' altez- » za dell' acqua medesima; e che la sua quantità di acqua è in ragione » composta della grandezza della luce, e della radice quadrata dell' al- » tezza dell' acqua premente. »

---

(1) Veggasi lo stesso Trattato. Si veda il Tomo III. dell' *Idraulica ragionata dell' Ab. Mari*, Lez. XXII. pag. 190. Mantova 1802.

(2) Nel Mantovano si fa uso eziandio del quadretto d' acqua mantovano. La definizione è esattamente la stessa; se non che invece di dire *piede* si deve dire *braccio*. Il piede veronese si divide in once 12, come in once 12 si divide il braccio mantovano; ed il piede veronese è once 8.f 12 del braccio agrimensorio mantovano.

Veggasi lo stesso luogo dell' Opera citata dell' Ab. Mari. Il braccio manovano è metri 0,63797.

« 3.° Le bocche di estrazione si dovranno costruire del tutto simili » ed eguali nelle loro figure, e dovranno essere collocate in luogo, dove » il filone del fiume cammini ad esse parallelo, e più che sia possibile » in mezzo all' una ed all' altra ripa. »

« 4.° I centri delle bocche dovranno tutti essere ugualmente depres- » si sotto la superficie dell'acqua; e la superficie del fiume, che sommi- » nistra l'acqua alle bocche medesime, dovrà essere, per quanto sarà » possibile, permanente ed invariabile. Ma siccome la giusta determina- » zione e situazione dei centri delle bocche sotto la superficie dell'acqua, » e la stabilità dell' altezza del fiume non può ottenersi senza che si dia » un regolamento stabile ai mulini; così si è convenuto che dai mulini » tutti, tanto attraverso del Tartaro, quanto ne' suoi influenti (eccettua- » to il mulino del Pazzo, per il quale si osserverà quanto nel IV. del » Trattato del 1752 resta stabilito), in tempo delle irrigazioni debbano » sempre decorrere agl' inferiori le acque, o per le porte che conducono » l'acqua alle ruote quando si macina, o per le porte degli scaricatori o » dei canali equivalenti, aperte in modo che sostengano l'acqua secondo » il livello ch' essa ha nell' attuale macinatura quando non si macina; e » che solamente possa esser lecito a' mugnai, quando per iscarsezza di » acqua non ne hanno a sufficienza per macinare, di chiudere le porte » per quel tempo solo che può bastare ad ingorgare tant' acqua che sia » atta a fare la macinatura con una ruota o più ruote, che possano esse- » re poste in movimento una dopo l' altra dalla stessa acqua che scorre » da una sola porta del mulino o da una sola usciara, non già da più » porte nello stesso tempo aperte. »

« 5.° Le bocche che soffrono rigurgito saranno compensate, sottraen- » do dalla quantità di acqua che la bocca dovrebbe dare, se liberamente » scorresse l' acqua, la quantità d'acqua rigurgitata, e dilatando la bocca, » secondo la larghezza, tanto quanto potrà bastare perchè per essa passi » tant'acqua, sebbene rigurgitata, come ne scorrerebbe da una bocca li- » bera dal rigurgito. »

« 6.° Per moderare la troppa quantità d'acqua che potrebbe estraersi » da una bocca a cagione della soverchia pendenza della seriola (1) in » cui viene ricevuta, e per supplire alla minore quantità di acqua che po- » trebbe trasmettere un' altra bocca per iscarsezza di pendenza della se- » riola per cui scorre, si è convenuto di determinare per osservazione » la velocità dell' acqua di una seriola, l'acqua della quale faccia in circa

(1) *Seriola* dicesi il fosso dove si versa l'acqua della bocca per condurla agli usi.

» mille passi geometrici in un'ora, e di misurare gli angoli di deviazione, e di riferire poi a questa determinata velocità la velocità dell'acqua delle altre seriole, riconosciute parimente per mezzo degli angoli di deviazione; sicchè si debbano restringere quelle bocche, dove » la velocità si troverà maggiore della velocità riconosciuta nella seriola » stabilita per base, e si debbano dilatare quelle altre, dove la velocità » si troverà minore della fissata; e ciò in proporzione delle maggiori o » minori velocità osservate. »

« 7.° Nel situare le bocche e nel calcolare la quantità d'acqua si dovrà avvertire allo stato ordinario del fiume e de' suoi influenti, di maniera che in tempo di acqua ordinaria ciascuna bocca abbia l'acqua » dovuta competente a' suoi titoli, ed in tempo di scarsezza d'acqua ciascuna risenta parte dell'incomodo. »

« 8.° Nelle irrigazioni dei prati, sopra i quali l'acqua dovrà soltanto » scorrere, sono convenuti che debba bastare un quadretto d'acqua di » misura veronese per adacquare ottanta campi in un giorno, a riserva » dei casi ov'è altrimenti ordinato dal Trattato 25 Giugno p. p. agli articoli 17 e 18. »

« Con queste regole credono gl'infrascritti che si possa passare ad » eseguire l'ordinata modellazione, riservandosi, quanto agli accidenti » non preveduti, di adottare quello che si troverà più coerente alle sopra » convenute regole ed alla situazione. »

Niccolò Cremonesi Prefetto delle acque.

Francesco De Regi Professore di Matematica.

Antonio Gioseffo Rossi pubblico Matematico veneto.

Leonardo Berrai Ingegnere veneto.

Per l'esecuzione poi di queste discipline i periti aggiunsero anche alcune dichiarazioni, le principali delle quali sono le seguenti.

Primieramente per mezzo di esperienze ed osservazioni stabilirono (pag. 130 e seguenti del Trattato) la quantità della irrigazione che si poteva fare con un quadretto di acqua veronese, ed in conseguenza soggiunsero:

« Ritenutosi dunque da noi come base principale e fondamento della » distribuzione delle acque, che il quadretto d'acqua, di misura veronese, dovesse servire per ottanta campi di risaja, e che lo stesso quadretto potesse bastare per irrigare poco più di 26 campi di prato ciascun giorno, abbiamo regolato tutte le grandezze delle luci destinate per » l'adacquamento dei risi in maniera, che estraessero un quadretto, o » parte di un quadretto, o più quadretti, a misura che la competenza

» era o di soli ottanta campi, o di un minor numero di campi, o di un » numero molto maggiore; e al più avendosi da noi riguardo alla infe- » riore qualità di alcuni terreni ch'erano da adacquarsi, oppure a qual- » che altro giusto titolo che poteva meritare la nostra considerazione, ad » alcune bocche sono state assegnate alcune once di più di grandezza. »

« Non altrimenti nel determinare la grandezza a quelle bocche che » dovevano servire all'inaffiamento dei prati, e nel fissare il tempo per » cui l'acqua si doveva usare, ci siamo attenuti alla regola, che il qua- » dretto fosse dato per irrigare 26 campi incirca di prato; essendosi poi » da noi supposto che lo stesso prato debba adacquarsi una volta ogni » settimana: quindi in avvenire resta fissato l'uso continuo del quadret- » to a quello il quale è possessore di 182 campi all'incirca. »

« Egli è bensì vero che nel determinare le larghezze e le altezze » delle luci non si è potuto rigorosamente stare alle leggi, che la luce » d'un quadretto di acqua fosse alta e larga once dodici, e che quella di » due quadretti fosse larga once ventiquattro, ed alta parimente once » dodici, e così delle altre; ma che si è dovuto alcune volte aumentare » la larghezza delle bocche diminuendo la loro altezza, e altre volte al- » l'opposto si è dovuto aumentare, se non l'altezza della luce, almeno » quella dell'acqua sovrastante alla soglia, e tener minore la larghezza » per accomodarsi all'altezza delle acque trovate nei luoghi dove dovea- » no collocarsi le bocche, o alle situazioni dei piani da irrigarsi, o agli » usi di movere edifizii, che dovevano farsi colle acque trasmesse da al- » cune bocche. »

« Tutte queste alterazioni però non hanno potuto derogare all'ag- » giustatezza della distribuzione delle acque; imperocchè assistiti dalle » rette teorie delle acque, e dalla legge concordemente fissata nel secon- » do degli otto articoli per calcolare la velocità e la quantità dell'acqua, » potevamo alterare la larghezza ed altezza delle luci, e ancora l'altezza » dell'acqua sovrastante alle soglie, e per conseguenza la velocità, con- » servando sempre la stessa quantità di acqua alle luci dovuta, siccome » realmente possiamo assicurare le Eccellenze Vostre d'aver fatto. »

« Le altre ispezioni che da noi si dovevano avere, oltre le addotte » nella nuova disposizione e costruzione delle bocche, e delle quali dob- » biamo rendere informate le Eccellenze Vostre, riguardavano la collo- » cazione delle medesime. Ciò pertanto che in primo luogo abbiamo avu- » to a cuore nel situare le bocche è stato, che quelle le quali ammette- » vano una tale disposizione (e sono state quasi tutte) fossero collocate » immediatamente nelle sponde dei canali dai quali ricevono l'acqua,

» sicchè riuscissero parallele allo spirito del fiume, e ricevessero l'acqua » per pura pressione, a norma di ciò che si è stabilito nel primo e terzo » degli otto articoli. »

« Importando poi moltissimo, per una giusta distribuzione delle ac» que, che le bocche non siano nè più nè meno del dovere profondate » sotto la superficie dell'acqua medesima, si è procurato, nell'assegna» re queste profondità, che non fossero nè eccedenti, nè mancanti del » giusto. »

« Quindi si è avuto riflesso a quelle bocche le quali godono di un'al» tezza stabile sopra la loro soglia, per cagione di qualche mulino o di » qualche sostegno posto inferiormente alle medesime, che sostiene con» tinuamente l'acqua ad una determinata altezza; e a quelle altre, le quali » non avendo il benefizio di simili impedimenti, sulla loro soglia ora han» no maggiore altezza di acqua, ora minore, secondo i diversi stati di » scarsezza, di mediocrità o di abbondanza dei fiumi: e per le prime si » è determinato che le loro soglie siano poste 14 once, o al più 15, sotto » il ciglio dello stramazzo o del sostegno; e per le seconde si è stabilita » la profondità delle soglie in modo, che sotto il pelo dell'acqua abbiano » la loro competenza nell'acqua piuttosto scarsa che ordinaria. »

« Un'altra considerabile avvertenza si è ancora avuta nel dare la si» tuazione e disposizione ai canali che ricevono l'acqua, la quale esce im» mediatamente dalla bocca, e che la trasportano agli usi particolari; im» perciocchè si è procurato, dove la pendenza dei terreni lo permetteva, » che tra la soglia della bocca ed il fondo del canale vi fosse una notabile » caduta; e così si è disposto che l'acqua cadesse dalla bocca nel canale » per l'aria libera, e non risentisse alcuna alterazione o accelerandosi o » ritardandosi per la troppo grande o per la troppo scarsa pendenza del » cannello. »

« Molti beni effettivi vengono prodotti da una siffatta posizione data » alle bocche; e primieramente, essendo queste situate parallele al corso » dei fiumi, si è provveduto che per esse le acque entrassero sempre ani» mate dalla stessa causa, cioè solo da quella forza e velocità che può » nascere dalla pressione dell'acqua sovrastante alle soglie, e per conse» guenza che le distribuzioni delle acque fossero più uniformi. »

« In secondo luogo disponendo le soglie in modo che tutte, qual » più qual meno, secondo le diverse circostanze, fossero alzate sul fondo » degli alvei dei fiumi, si è procurata una sicura economia di acqua per » gli utenti inferiori. »

Si trova in seguito la descrizione e modellazione di tutte le bocche.

Io ho riferito tutte queste cose, perchè quel Trattato non è così facile a potersi trovare.

Ora in quelle regole prescritte dai periti, e nelle successive dichiarazioni, non avvi alcun dubbio che si sono presi in considerazione i più importanti elementi che possono aver che fare nell'aumentare o diminuire la quantità dell'acqua che sorte da una bocca, e di più essi periti assicurano d'averli valutati nella modellazione delle bocche; ma non dicono mai in qual modo: onde quando si dovesse modellare una nuova bocca, non si sa neppure per approssimazione come avere riguardo a siffatti elementi.

CAPO XXVIII.

Dei contratti usati nella dispensa delle acque.

§ 650. Due specie generali di contratti si possono stipulare in materia di dispensa di acque. La prima è la *perpetua*, la seconda la *temporanea.* Dato il bisogno permanente d'irrigare, o di far movere un opificio, si può ricercare una data corrente di tante once in perpetuo. Questa specie di contratti si suole conchiudere dai veri proprietarii dei fondi bisognosi, o degli edifizii destinati in perpetuità ad un dato ufficio: i mulini occupano fra questi un posto precipuo. La seconda specie poi di contratto, che appellammo *temporanea*, può essere comune anche ai semplici conduttori ossia affittajuoli.

§ 651. Prendendo una ragione d'acqua a titolo di compra, si corrisponde necessariamente un dato *prezzo.* Nelle erogazioni perpetue questo può essere soddisfatto in due maniere diverse. La prima collo stabilire e col pagare il *capitale* importante la erogazione perpetua *ad un solo tratto:* allora l'acquisizione viene soddisfatta come nell'acquistare un dato fondo stabile. L'altra maniera è di costituire un'*annua prestazione* corrispondente all'erogazione pattuita: questo modo di soddisfare chiamasi volgarmente *livello.*

§ 652. Quanto alle erogazioni *temporanee*, in esse si può stabilire o un prezzo totale fin dal principio, o veramente un'annua prestazione simile a quella delle *perpetue.* La differenza consiste solamente nella *limitazione del tempo*, il quale nelle *perpetue* riesce indefinito, e nelle *temporanee* determinato. Ai contratti di erogazione temporanea determinata si suol dare il nome di *locazione.*

§ 653. Invece della prestazione di denaro si possono stabilire prestazioni di *derrate*. Tal'è quella usata per le risaje da molti padroni pei

così detti *cavi dispensatori*. Questi, invece di denaro per l'acqua ricevuta, pattuiscono che dall'utente venga prestata una quota parte del prodotto che deriva dalla risaja posta sott'acqua. Questa specie di contratto è molto usata, ed ha il bene di seguire le vicende delle stagioni e delle produzioni naturali; dimodochè tanto l'utente quanto il concedente dell'acqua corrono una pari sorte, determinata da forza maggiore.

§ 654. E qui conviene osservare, che in ogni dispensa d'acqua entra sempre almeno tacitamente un *contratto di sorte*, sia che parliamo della dispensa delle acque dei canali pubblici, sia che parliamo della dispensa dei canali privati. Quanto ai *pubblici* accomodati alla navigazione, come sarebbero i navigli del Milanese, si suole sempre stabilire per patto, che in qualunque evento l'acqua non debba mancare alla navigazione. Per la qual cosa se accadesse un anno di molta scarsezza d'acqua nel canale navigabile, o per una frana o per qualche altro impedimento nei partitori di origine, od altrove, l'acqua scarseggiasse in modo, che non fosse possibile, salvo il bisogno della navigazione, di erogarla in usi privati, in tal caso i privati utenti rimangono privi della pattuita erogazione. Così pure viene loro scemata in proporzione del bisogno della navigazione medesima. Qui prego il lettore a richiamare quanto fu esposto nella Parte antecedente, in cui, a norma dei principii di Diritto pubblico interno, fu dimostrato che non si può sottrarre dalle pubbliche correnti se non la quantità di acqua che sopravanza alla destinazione ossia all'uso a cui fu consacrata (1). Per tal modo questo di più viene assoggettato a tutti i rapporti della *ragione civile privata*, e l'acqua così disponibile diventa una merce contrattuale, le cui vicende e quistioni debbono essere decise secondo il Diritto civile privato.

§ 655. La considerazione della sorte entra anche nei canali dispensatori *privati*, non consacrati nè punto nè poco alla navigazione. Diffatti,

(1) Vedi il Libro I. Capo IX. e X. della Parte antecedente. A schiarimento poi della spiegazione data al testo del Codice Giustinianeo, nel quale si parla delle erogazioni delle acque degli acquedotti sì di Roma che di Costantinopoli, e di altre città dell'Impero, debbo far osservare che per legge non si concedeva mai un'erogazione d'acqua a perpetuità, ma era necessario dopo la morte dell'impetrante, o dopo ch'era succeduto altro possessore del fondo al quale era stata conceduta, che il successore la domandasse al Principe; talchè le erogazioni delle acque dei pubblici acquedotti erano e furono sempre unicamente *personali*. In prova di ciò ecco il testo positivo di Frontino. « Jus impetratae » aquae neque haeredem, neque emptorem, » neque novum dominum praediorum sequi- » tur » (*a*). Ciò posto, era mai possibile fondare la prescrizione figurata dal Pecchio, e dagli altri dottori da lui seguiti? Peggio poi fu dalle erogazioni delle acque dei condotti argomentare e trarre illazioni a quella dei fiumi, e perfino a quella del mare.

(*a*) *De aquaeductibus urbis Romae*, p. 192, edizione del Poleni.



dato un cavo nel quale decorra un'acqua, sia originariamente perchè derivata dalla testa di un fontanile, sia secondariamente perchè derivata da un'altr'acqua viva di maggiore portata, sia che quest'acqua, strada facendo, venga aumentata da altre sorgenti, o no; può nascere sempre il caso, che per *forza maggiore* l'acqua o manchi o scemi, e così gli utenti restino defraudati o menomati nella loro competenza. In vista di questi accidenti gli uomini prudenti devono originariamente contemplare questo caso fortuito, onde stabilire un equo prezzo nei contratti della dispensa.

§ 656. Taluni si ostinano di volere a tutto costo che il concedente dell'acqua gliela *mantenga sempre nella voluta e domandata quantità.* Questa è una dabbenaggine, anzi una stolidezza, la quale non potrebbe trovare appoggio nè presso verun Legislatore, nè presso verun Tribunale. Il venditore può bensì promettere il fatto proprio; ma non quello del cielo, della terra e delle stagioni. Egli può bensì guarentire da ogni colpa e perfino negligenza tanto di sè, quanto de' suoi dipendenti; ma non può guarentire nè dalla siccità straordinaria, nè dai terremoti, nè da altri disastri, che formano i casi di forza maggiore. Dir dunque ad un venditore: *mantieni quest'acqua*, egli è lo stesso che dire: *promettimi, in quanto dipende da te, che io avrò sempre quest'acqua*. Ma col dir ciò che cosa fate voi, se non volere ciò ch'è comune ad ogni contratto? Ma io non mi contento di questo, soggiunge il petente; voglio che me la mantenga in modo da non mancarne mai, e poi mai. Bel bello, signor mio: conoscete voi il merito della vostra pretesa? sapete voi che esigete una cosa per sè impossibile? È noto il proverbio: *ad impossibile nemo tenetur;* è noto il canone legale, che le condizioni impossibili stabilite in un contratto si considerano come *non apposte*. Che cosa rimarrebbe dunque? Se un venditore fosse stato o molto accorto o molto stolido di promettere, si dovrebbe stimare il danno avvenuto per il caso di forza maggiore, e compensare l'utente della mancanza dell'acqua da lui sofferta. Ciò importa disturbi, spese, controversie, e spesso estimazioni perplesse, le quali non soddisfanno certamente al miglior interesse dell'utente. Dall'altra parte poi se, in considerazione di questa illusoria manutenzione dell'acqua, il dispensatore esige un maggior prezzo, questo in tutti gli anni, nei quali non accade disastro veruno, viene goduto dal dispensatore medesimo, senza che l'utente ne riporti un correspettivo reale. Egli si può dire soltanto d'aver pagato con danaro contante la semplice paura di un caso meramente possibile, e sempre poi assai raro ad accadere.

Rimane dunque essere cosa più provvida il pagare a livello l'acqua ricevuta, e regolare il pagamento a norma della dispensa effettivamente ottenuta. Sarà dunque provvido consiglio quello di contemplare anticipatamente la diminuzione come contingibile, e di convenire che, accadendo, si pagherà tanto di meno, o non si pagherà nulla, a proporzione o della diminuzione o della mancanza totale dell'acqua.

Questo basti per ora in via di dottrina fondamentale e preparatoria, risguardante l'acquisizione della ragione delle acque. Nei seguenti Libri si passerà speditamente ad esporre tutta quella parte legale, della quale non abbiamo ancora parlato, e che fu già disegnata nel preludio di questa Parte. Ad istruzione pratica poi dei principii risguardanti le erogazioni soggiungo qui l'Appendice idraulica già promessa.

APPENDICE IDRAULICA (1).

1. Il nostro autore non calcola che le quantità d'acqua del Milanese e del Mantovano: non sarà discaro al pubblico avere il modo di calcolare anche quelle quantità d'acqua, tanto relative quanto assolute, che si tramandano per pura pressione (come nel Milanese e Mantovano) da quelle sezioni che si riguardano come fondamentali in diverse altre Provincie della nostra Repubblica, e che vengono pure sotto il nome di *oncia* o di *quadretto*. Noi pertanto stenderemo il calcolo anche sulle quantità d'acqua del Pavese, Novarese, Cremasco, Lodigiano e Cremonese; e combinandone poi insieme i risultati con quelli anche del Milanese e del Mantovano, potremo in un colpo d'occhio vederne la reciproca proporzione. Di più, avendoci lo stesso autore lasciate ne' suoi scritti le eccellenti sue dimostrazioni geometriche sulla erogazione delle bocche triangolari e circolari, le quali dimostrazioni si sono pure impresse in questa nuova ristampa, noi a compimento dell'opera ne aggiungeremo anche le dimostrazioni analitiche; imperciocchè per un idraulico è cosa oltre ogni pensare gioconda il vedere sintesi e analisi, come due germane sorelle, portarci concordemente ai medesimi risultati. È poi noto a chiunque essere le formole analitiche, nell'applicazione della teorica alla pratica, d'un uso senza paragone più facile e più spedito dei raziocinii geometrici.

Dimensione delle once o quadretti di varie Provincie.

2. Oncia d'acqua milanese dicesi quella quantità d'acqua che per pura pressione passa con flusso continuo per una luce rettangola alta 4 once del braccio di Milano, larga once 3, e che inoltre ha sovrastante al lembo superiore della luce once 2 d'acqua ferma: quest'altezza d'acqua ferma chiamasi *battente*.

3. Oncia d'acqua lodigiana è una luce rettangola alta once 9, larga once 1, con battente alto once 2. Le dimensioni della luce prendonsi a misura di braccio lodigiano, ma il battente a misura di braccio milanese.

(1) Questa fu tratta dall'Opera intitolata: *Uso della tavola parabolica per le bocche di irrigazione, di Francesco Maria de Regi*. Milano 1804. — L'autore di quest'Appendice, che porta il titolo di *Supplemento*, è il defunto Padre Bartolommeo Ferrari.

4. I Pavesi e i Novaresi servonsi delle stesse dimensioni che in Milano; coll'avvertenza però, che gli uni e gli altri computano queste dimensioni a misura del proprio braccio.

5. Oncia d'acqua cremonese è una luce rettangola alta once 10, larga once 1, con battente alto once 1. Tutto a misura di braccio cremonese.

6. In Crema non si ha per l'oncia una determinazione costante e fissa; comunemente si fa uso delle dimensioni di Cremona, regolate però col braccio cremasco.

7. Il quadretto mantovano è una luce quadrata, coi lati di once 12, e col battente di once 2.

Avvertasi che, essendovi anche nelle stesse Provincie diversità di bracci, il braccio stabilito in origine per le once o quadretti d'acqua è dappertutto il braccio architettonico, o, come volgarmente tra noi si dice, il *braccio d'opera.*

Formola delle quantità d'acqua assolute e relative, che sgorgano per pressione da qualsivoglia luce rettangola.

8. Partendo dal principio incontrastabile, assunto pure dal nostro autore per fondamento de' suoi calcoli, che le velocità di un' acqua che per pura pressione sgorga liberamente da una luce sono come le ordinate della parabola, in cui le ascisse ci rappresentino le altezze corrispondenti che premono, segue che anche le quantità di acqua, le quali sono sempre proporzionali alle velocità, si possono rappresentare per le stesse ordinate; quindi chiamando x l'altezza della luce rettangola, l la sua larghezza, b il battente, p il parametro della parabola, Q la quantità d'acqua che sgorga nel tempo come uno, avremo, secondo quello che il nostro autore ha dimostrato nel Capo V.,

$$\tfrac{2}{3} L < p\left(\overline{x+b}^{\,3/2} - b^{3/2}\right) = Q$$

9. Questa formola, come ognun vede, ne rappresenta quell'acqua che sgorga da qualsivoglia sezione rettangolare, sia picciola, sia grande, e sotto qualsivoglia battente, potendo noi alle lettere l, x, b assegnare quei valori che vogliamo; e perciò è applicabile a tutte le once e a tutti i quadretti d'acqua sopra descritti.

10. Ma assegnando alle lettere l, x, b i valori corrispondenti delle once o dei quadretti sovradescritti, Q ne rappresenterà le quantità d'acqua relative, o le assolute? Essa ne potrà rappresentare ugualmente le relative, come le assolute; imperciocchè il rappresentarci le une piuttosto

che le altre dipende dalla determinazione del parametro p della parabola. Quando le nostre ricerche sono rivolte alle quantità d'acqua relative, noi allora non abbiamo altro in vista, che la proporzione tra la quantità d'acqua che scarica una luce, e la quantità d'acqua che ne scarica un'altra: per esempio, se l'una sia doppia, tripla o quadrupla della quantità scaricata da un'altra, la quale proporzione ci può essere cognita senza che ne sia cognita la quantità precisa che scarica nè l'una nè l'altra; ma quando noi abbiamo in vista la quantità assoluta, allora conviene determinare precisamente qual numero d'once cubiche d'acqua, determinate su d'un tale e determinato braccio, sgorghino in un dato tempo da una data luce. Ora poichè gli equemoltiplici, siano grandi, siano piccioli, non turbano niente l'equazione, è chiaro che applicando la nostra formola a bocche di varie dimensioni (misurate però collo stesso braccio), la proporzione tra le varie quantità sgorganti non turberassi, qualunque parametro si assuma per la parabola, purchè si mantenga lo stesso in tutte le bocche; e poichè la nostra formola riceve la sua massima semplicità quando il parametro fassi eguale all'unità, quindi ove si tratta di determinare le sole quantità relative si assume $p = 1$; il che ne'suoi calcoli suppone anche il nostro autore.

11. Questo parametro eguale all'unità non ci dà le quantità assolute; qual sia il suo valore per le quantità assolute lo vedremo in seguito, là ove queste si avranno a ridurre a calcolo.

12. Nelle misure relative si possono paragonare tra loro le quantità d'acqua tramandate da bocche diverse della Provincia stessa, per esempio tra una bocca del Cremonese con altre del Cremonese; ovvero tra bocche di Provincie diverse, per esempio tra una bocca cremonese ed una cremasca. Nel primo caso (eccettuatane l'oncia lodigiana) non si ha bisogno di riduzione alcuna nelle misure, servendosi ciascuno della misura del proprio paese: non così però succede nel secondo caso, in cui, per avere nell'acqua una giusta proporzione, è necessario che le dimensioni si riducano ad una misura comune.

13. A questo fine abbiamo noi descritto la tavola che segue, in cui i bracci delle Provincie sovraccennate si sono ragguagliati riferendoli tutti ad una misura sola; e perchè questa misura, a cui tutti i nostri bracci si riferiscono, potesse riuscire di facile intelligenza ad ognuno, abbiamo scelto il piede di Parigi, che da qualche secolo in qua è la misura che comunemente si adopera nelle scienze; tanto più che in seguito avremo pur bisogno della proporzione di questo piede di Parigi coi nostri bracci.

Ragguaglio di varie misure col piede di Parigi.

TAVOLA I.

Misure	Piedi	Pollici	Linee	Totale in linee
Piede di Parigi	1	0	0	144
Braccio milanese	1	9	11,73	263,73
Braccio pavese	1	11	2,35	278,35
Braccio novarese	1	10	5	269
Braccio cremasco	1	5	3,12	207,12
Braccio lodigiano	1	4	11,32	203,32
Braccio cremonese	1	5	8,78	212,78
Braccio mantovano	1	5	2,95	206,95

Delle quantità d'acqua relative.

14. Si è già avvertito (n.° 10) che per avere dalla formola (n.° 8) le quantità relative d'acqua tramandata da bocche di dimensioni diverse (misurate però collo stesso braccio) si prende il parametro $p = 1$; onde si ha

$$2/3\, L. \left(\overline{x + b}^{\,3/2} - b^{3/2} \right) = Q$$

Siccome per l'oncia lodigiana (n.° 3) le dimensioni di x sono a misura del braccio di Lodi, e quelle di b a misura di Milano, sarà necessario, per avere le quantità relative dell'oncia d'acqua lodigiana a misura del braccio di Lodi, ridurre, per mezzo della tavola antecedente, b a misura del braccio di Lodi, cioè a dire due oncie del braccio milanese ad once del lodigiano. Fatto adunque 203, 32 : 263,73 :: 2 : b, noi abbiamo $b = 2,594$; cioè il battente di Lodi, a misura del suo braccio, alto once 2, 594.

15. Correggendo così l'altezza del battente nell'oncia d'acqua di Lodi, noi abbiamo successivamente nella formola del numero antecedente introdotte le dimensioni numeriche once e quadretti d'acqua descritte ai numeri 2. 3. 4. 5. 6. 7, ed abbiamo formata la tavola che segue.

Quantità relative dell'oncia o quadretto d'acqua di varie Provincie a misura del loro braccio architettonico.

TAVOLA II.

Misure	Provincie	Quantità relative
Oncia d'acqua	Milanese	23, 737
	Pavese	23, 737
	Novarese	23, 737
	Cremasca	23, 655
	Lodigiana	23, 54
	Cremonese	23, 655
Quadretto	Mantovano	396, 432

16. Se i periti delle Provincie surriferite introdurranno nella nostra formola del n.° 14 le dimensioni di altre bocche, le quali tramandino acqua per pura pressione, potranno facilmente, paragonando i loro risultati con quelli dell'oncia da noi trovata pel loro paese, determinare il numero delle once d'acqua tramandate dalle bocche da essi calcolate.

17. Ma se si trattasse di paragonare quantità d'acqua che sbocca da sezioni in diverse Provincie, sarebbe necessario aggiungervi un'altra operazione, che è quella di ridurre le dimensioni di tutte le bocche, che si vogliono paragonare, ad una comune misura; quindi se si vorrà sapere quante once d'acqua, per esempio milanesi, scarica una bocca pavese, noi potremo determinare in prima la quantità relativa d'acqua scaricata

a misura pavese; poi, per ridurle a misura milanese, crescere il loro numero nella ragione quintupla dimidiata dei loro bracci. Sia a il numero delle once d'acqua pavesi scaricate dalla bocca pavese, e dicasi $m : n$ la proporzione tra il braccio milanese e il pavese; se noi faremo $m^{5/2} : n^{5/2} :: a : \frac{an^{5/2}}{m^{5/2}}$, quest' ultimo termine ne rappresenterà il numero delle once d'acqua milanesi scaricate dalla bocca pavese. Infatti che il numero cercato delle once milanesi debba risultare tanto maggiore, quanto è maggiore il numero delle once d' acqua pavesi scaricate dalla bocca pavese, è per sè stesso evidente. Ma non riesce pure di minore evidenza che il numero delle once milanesi debba crescere nella ragione quintupla dimidiata. Imperciocchè quando nella formola generale il parametro p si fa eguale all'unità, si suppone che in tutte le once o i quadretti d'acqua, che si vogliono calcolare, la parabola a cui termina la scala delle velocità sia la stessa, come realmente nella pratica la parabola regolatrice del movimento cagionato dalla pressione è sempre la stessa. L'unità dunque, che nel calcolo delle quantità relative ci rappresenta il parametro p, è unità della stessa specie, qualunque sia la Provincia a cui appartenga l'oncia o il quadretto d'acqua che noi calcoliamo. Ma se l'unità del parametro, la quale è puramente astratta, si dee sempre considerare della stessa specie, non possiamo però, ove si tratti di Provincie diverse, riguardare come della stessa specie quelle unità che nella nostra formola sono rappresentate dalle altre lettere b, l, x; imperciocchè nelle Provincie diverse essendo diverso il braccio architettonico, riescono pur diverse anche le sue once, che sono quelle che ci vengono indicate dalle lettere b, l, x. Da ciò nasce, che sebbene le quantità relative da noi calcolate nella tav. II. per il Milanese, Pavese, Novarese siano eguali, non possiamo per questo inferire che la quantità d'acqua scaricata in un dato tempo dall'oncia milanese sia eguale alla scaricata dall'oncia pavese e novarese; perchè le unità rappresentate dal numero 23,737, comune a tutte tre le Provincie, sono unità di specie diversa. Le unità per il Milanese sono once del braccio milanese; e per il Pavese e Novarese sono once al loro braccio corrispondenti. Ora supponendosi, per quello che poco sopra abbiamo detto, che l'unità astratta di p sia per tutte le Provincie la stessa, le unità della tav. II. riescono once sollevate alla quinta potenza dimidiata, giacchè le dimensioni della nostra formola, prescindendo dal parametro, sono di 5/2.

18. Fondati noi su questa regola, abbiamo descritta la terza tavola che segue, in cui le quantità relative dell'oncia o del quadretto d'acqua d'altri paesi sono ridotte a misura del braccio milanese.

Proporzione tra le quantità d'acqua scaricate dall' oncia milanese, e le scaricate dalle once o dai quadretti d' altre Provincie.

TAVOLA III.

Misure	Provincie	Quantità relative
Oncia	Milanese	23, 737
	Pavese	27, 164
	Novarese	24, 941
	Cremasca	12, 929
	Lodigiana	12, 284
	Cremonese	14, 335
Quadretto	Mantovano	216, 26

19. Per mezzo di questa tavola chiunque conosce la quantità di terreno che l'oncia d'acqua d'una delle sette Provincie nominate adacqua in un dato tempo, potrà pure colla sola regola d'oro conoscere la quantità di terreno che sarà per irrigare in tempo uguale un dato qualunque numero d'once d'acqua delle altre sei. Parimente se un possessore, per esempio milanese, avrà a comprar acqua sul Pavese, Novarese ec., sapendo il valore dell'oncia d'acqua milanese, saprà regolarsi nel prezzo della compra.

Delle quantità d' acqua assolute.

20. Quando si cerca la quantità assoluta d'acqua tramandata da una sezione, si cerca il vero numero d'once cubiche calcolate su d'un tale

determinato braccio, le quali sgorgano dalla stessa sezione in un tempo dato. Per fare la determinazione di questo numero d'once cubiche si supponga che da un foro quadrato d'un pollice sorta l'acqua con una tale velocità da percorrere piedi 30 in 1″. Poichè il flusso è continuo, è chiaro che se l'acqua uscirà dal foro a gola piena, il totale dell'acqua sortita sarà un prisma che avrà per base l'area del foro, e per altezza piedi 30 = poll. 360, e però la quantità assoluta d'acqua uscita in 1″ da questo foro sarà pollici cubici 360.

21. Quando la velocità dell'acqua è di pura pressione, è sempre corrispondente alle ordinate di quella parabola, le cui ascisse si rappresentino dall'altezza premente. Quindi se noi troveremo una parabola che sotto una qualsivoglia altezza abbia un'ordinata, la cui lunghezza sia precisamente quello spazio che l'acqua sgorgante percorrerebbe in un dato tempo con quella velocità che sotto la detta altezza porta dalla pressione, la medesima parabola ci rappresenterà colle altre ordinate tutte le quantità assolute di quell'acqua che sgorga sotto qualsivoglia altra altezza diversa. Siccome la diversità delle parabole (intendo apolloniane) dipende dalla diversità del parametro, converrà tra l'infinito numero di queste parabole trovare quell'una che abbia tale parametro, che sotto una tale determinata altezza abbia quell'ordinata che sia precisamente uguale allo spazio che l'acqua sgorgando sotto la stessa altezza percorrerebbe.

22. Il nostro autore, fondato sull'esperienza universale, avverte che la velocità delle acque ch'escono per pura pressione è quella stessa che acquisterebbe un grave nel cadere liberamente dall'altezza premente. Ora si sa che un grave in 1″ cade per l'altezza di piedi 15. $\frac{1}{12}$; e però, secondo i principii di meccanica, acquista una velocità che nel moto equabile gli farebbe percorrere nello stesso tempo uno spazio doppio, cioè piedi 30. $\frac{1}{6}$. Dunque l'acqua che sgorgasse sotto l'altezza premente di piedi 15. $\frac{1}{12}$ = poll. 181, avrebbe una velocità da percorrere in 1″ pollici 362; quindi la parabola che ci deve rappresentare le velocità assolute dovrà essere quella in cui ad un'ascissa di pollici 181 corrisponde un'ordinata di pollici 362.

23. Quale sarà il parametro di questa parabola? Niente di più facile a trovarsi. Essendo nella parabola il quadrato dell'ordinata eguale al parametro moltiplicato nell'ascissa, avremo l'equazione $p\ 181 = 2/362$.

$p = 4.\ 181 = 724$ poll.

Dunque se in luogo di adoperare, come abbiam fatto nelle quantità d'acqua relative, il parametro = 1, lo faremo = 724 pollici del piede di Parigi, e sostituiremo questo valore di p nella formola del n.° 8, avremo

la quantità d'acqua assoluta. Ma se il parametro si prende a misura del piede di Parigi, converrebbe che anche le altre dimensioni di x e di b si prendessero alla stessa misura. Le dimensioni che a noi bisognano sono quelle delle nostre Provincie. Converrà dunque farne la riduzione.

24. Eccola appunto nella tavola che segue, la quale ci rappresenta non solo la grandezza del parametro, ma quella ancora delle sue radici, e tutto a misura del braccio di ciascuna Provincia particolare.

TAVOLA IV.

Provincie	Parametro	Radice
Milanese	395, 304	19, 8822
Pavese	374, 549	19, 3532
Novarese	387, 568	19, 6867
Cremasca	503, 335	22, 4351
Lodigiana	512, 763	22, 6442
Cremonese	489, 978	22, 1352
Mantovana	503, 66	22, 4423

25. Dalle cose fin qui dette ognuno si accorge che, prescindendo dalla contrazione della vena, tutta la diversità nei risultati delle quantità d'acqua relative e delle assolute non dipenderà che da questo, che per le quantità relative il parametro della nostra formola (n.° 8) si fa $= 1$, ma per le quantità assolute si deve prendere come nella tavola antecedente. Dunque se le quantità relative, descritte nella tav. III., si moltiplicheranno per le radici dei parametri corrispondenti della tavola presente, i prodotti ne formiranno le quantità d'acqua assolute, nell'ipotesi che le acque sgorgassero dalle bocche a gola piena per il tempo di 1″.

26. Ma si sa che la vena all'uscire si contrae, e che l'area della bocca sta all'area della vena contratta $: : 8 : 5$. Per avere adunque le quantità assolute d'acqua che attualmente sgorgano nel tempo d'un secondo, con-

verrà moltiplicare i detti prodotti per $\frac{5}{8}$. Nella tavola seguente la prima colonna ci dà le quantità assolute d'acqua nell'ipotesi di una contrazione; la colonna seconda ci dà la quantità attuale, perchè vi si è introdotta la contrazione.

Quantità assolute dell'oncia o del quadretto d'acqua somministrate in 1", calcolate sul braccio di ciascuna Provincia in particolare.

TAVOLA V.

Provincie	a gola piena	a vena contratta
Milanese	471, 944	294, 965
Pavese	459, 387	287, 117
Cremasca	530, 702	331, 689
Novarese	467, 303	292, 064
Lodigiana	533, 044	333, 152
Cremonese	523, 608	327, 255
Mantovana	8996, 846	5623, 028

27. Le quantità assolute per l'oncia milanese e pel quadretto mantovano, secondo i calcoli del nostro autore, riescono in proporzione un po' più forti delle nostre. La ragione si è, che i calcoli del nostro autore sono fondati sull'esperienza del Mariotte, fatta in un foro circolare con una linea di battente. Si sa che quando il pelo dell'acqua premente è vicino al lembo superiore della bocca, ivi l'acqua s'abbassa, e forma una specie d'imbuto; e questa circostanza non fu dal Mariotte avvertita: quindi sebbene l'acqua contigua al lembo superiore della bocca non avesse che l'altezza d'una linea, doveane però avere di più l'acqua premente che le stava a fianco e di fronte, e però l'erogazione doveva essere più copiosa di quello che ricercasse il battente d'una linea sola. Noi abbiamo stimato di

posare più sicuri il piede appoggiandoci nei nostri calcoli, piuttosto che ad una particolare esperienza, ai principii teorici, i quali non sono che un risultato di tutte le più esatte sperienze che siansi fatte sin qui.

Formola generale per le quantità d'acqua che sgorgano da qualsivoglia sezione.

28. Fin qui non si sono considerate che le sezioni fondamentali appresso noi stabilite per la giusta distribuzione delle acque destinate all'irrigazione. Queste sezioni, perchè avessero il massimo grado di semplicità, furono dai nostri maggiori assunte costantemente di figura rettangolare. Ora sollevandoci ad idee più generali, cercheremo la formola che ne determina in generale quell'acqua che passa da qualsivoglia bocca; indi ne faremo l'applicazione ad alcune bocche di regolare figura: nella quale applicazione tenendo noi dietro alle orme segnateci dal nostro autore, non solo determineremo quell'acqua che scaricasi per pura pressione nella sua libera uscita, ma anderemo ancora in traccia di quelle modificazioni che pur troppo frequentemente s'apportano da quelle cagioni straniere che accelerano o ritardano la velocità che dipende dalla pressione.

29. Sembrerà forse a taluno che la nostra formola generale si dovesse prima d'ogni altra cosa svolgere al principio di questo nostro supplemento, potendosi da essa dedurre anche quella formola particolare di cui ci siamo serviti al n.° 8. Ma è da avvertire che la formola generale per la quantità d'acqua che sgorga da qualsivoglia sezione è una formola differenziale, che poi nell'applicazione si deve integrare. Ora sebbene tra i nostri periti si trovi chi pronto e facile ha il maneggio del calcolo differenziale e integrale, trovasi pur anche chi pronto e facile non l'ha. Mentre adunque si trattava delle sezioni fondamentali, ne parve necessario usare una formola che fosse alla portata di tutti; e nel supplemento di un'Opera che è fatta precisamente pel comodo di tutti i periti abbiamo stimata opportuna cosa anteporre il maggiore vantaggio alla maggiore semplicità del metodo.

30. Sia pertanto H B L una sezione qualunque sommersa dell'altezza B A (fig. 1) sotto il livello C D dell'acqua stagnante, e la soglia H L di questa sezione sia orizzontale, e però parallela a C D. Prodotta A B in M, le si conducano perpendicolari le rette F G, M N; ed a queste le infinitamente prossime fg, mn. Denominando $AB = b$, $BE = x$, $FG = y$, avremo Ee, $Oo = dx$; $FGgf$, come pure $MNnm$, e qualsivoglia altr'area consimile $= y\,dx$. L'altezza Ee, Oo di queste aree essendo

infinitamente picciola, la velocità dell'acqua che in tutta l'ampiezza di ciascuna di loro sgorga sarà eguale, e sarà da esprimersi per $p.\overline{b+x}^{1/2}$; ovvero fatto $p=1$, si esprimerà per $\overline{b+x}^{1/2}$. E poichè la quantità d'acqua che ciascuna sezione tramanda è il prodotto della velocità nella sezione, chiamando $d\,q$ l'acqua che sgorga da ciascuna sezione elementare F G gf, si avrà $dq = y\,dx\,\overline{b+x}^{1/2}$; e integrando

$$q = S.\, y\, dx\, \overline{b+x}^{1/2},$$

che è la formola generale applicabile alla quantità d'acqua che nel tempo come uno sgorga da qualsivoglia sezione.

Sezione lineare e rettangolare.

31. Incominciamone l'applicazione dal caso semplicissimo della sezione lineare. Se tutta l'area HBL si concentra in BM, l'area F G gf si concentra in E e; onde si ha $y\,dx = dx$, e però

$$q = S.\, dx.\,\overline{b+x}^{1/2} = {}^2/_3\, \overline{b+x}^{3/2} + c.$$

Per determinare il valore c, notiamo che fatta $x = o$, deve essere $q = o$; onde si avrà ${}^2/_3\, b^{3/2} + c = o$, il che ne fornisce $c = -\, {}^2/_3\, b^{3/2}$; onde in qualsivoglia sezione lineare avremo

$$q = {}^2/_3 \left(\overline{b+x}^{3/2} - b^{3/2} \right);$$

e quando p non si volesse, come abbiam fatto noi, supporre $=1$, avremo

$$q = {}^2/_3\, p^{1/2} \left(\overline{b+x}^{3/2} - b^{3/2} \right).$$

32. Se la bocca non avesse battente, sarebbe $q = {}^2/_3\, x^{3/2}$; ovvero $q = {}^2/_3\, x^{3/2}\, p^{1/2}$. Fermiamoci alquanto a sviluppare quest'ultima formola.

$$q = {}^3/_2\, x^{3/2}\, p^{1/2}.$$

Sia A M $= x$ l'asse della parabola A C D (fig. 2), il cui parametro è p: noi per proprietà della parabola avremo l'ordinata M D $= \overline{px}^{1/2}$; e sopra M D prendendo M E $= {}^2/_3$ M D, avremo M E $= {}^2/_3\, \overline{px}^{1/2}$; onde il rettangolo A M. M E $= {}^2/_3\, x^{3/2}\, p^{1/2} = q$: cioè a dire, la quantità d'acqua che

sgorga da una sezione lineare senza battente si esprime per l'area parabolica A D M.

33. Infatti condotta la retta bc infinitamente prossima e parallela a BC, l'area B C cb sarà l'elemento di tutta l'area parabolica A D M; ora l'area B C cb è $= dx\,\overline{px}^{1/2}$. Dunque A D M $= S.\, dx\, px^{1/2} = 2/3\, x^{3/2}\, p^{1/2}$.

34. Se sulla sezione lineare A M si prenderà una porzione A B $= b$, è evidente (n.° 31) che la quantità d'acqua corrispondente ad A B sarà: $2/3\, b^{3/2}\, p^{1/2}$; quindi se in luogo di tenere aperta la sezione A M da A fino in M, la tenessimo aperta soltanto da B fino in M, chiudendone il vano B A, si avrebbe nell'erogazione un difetto $= 2/3\, b^{3/2}\, p^{1/2}$; onde stabilendo in B il principio delle ascisse x, nella supposizione che l'acqua pervenisse al livello A, si avrebbe:

$$q = 2/3\, p^{1/2}\, \left(\overline{b+x}^{3/2} - b^{3/2}\right),$$

cioè uguale alla differenza tra il rettangolo di tutta A M in 2/3 M D, ed il rettangolo del battente A B in 2/3 BC.

35. Supposta la bocca G F G L (fig. 1) rettangolare, y diviene una costante che chiameremo L; e si avrà (n.° 29):

$$q = S.\, \mathrm{L}\, dx.\, \overline{b+x}^{1/2} = 2/3\, \mathrm{L}.\, \overline{b+x}^{3/2} + c = 2/3\, \mathrm{L}\left(\overline{b+x}^{3/2} - b^{3/2}\right);$$

la qual formola è quella stessa che noi, dipartendoci dai principii geometrici del nostro autore, avevamo già stabilita al n.° 8; e fattone $b = 0$, si ha: $q = 2/3\, \mathrm{L}.\, x^{3/2}$

Sezione triangolare.

36. Sia H M L un triangolo, colla punta rivolta al basso (fig. 3), e colla base H L orizzontale; chiamando H L $=$ L, B M $= a$, BE $= x$, sarà: ME $= a - x$, e si avrà $a : \mathrm{L} :: a - x : \mathrm{FG} = \mathrm{L}.\, \frac{a-x}{a} = y$;

$$\text{onde } q = S\, y\, dx.\, \overline{b+x}^{1/2} = S\, \frac{\mathrm{L}}{a}\, \overline{d.x\, a. - x}.\, \overline{b+x}^{1/2}$$

$$- S.\, \mathrm{L}\, dx.\, \overline{b+x}^{1/2} - S.\, \frac{\mathrm{L}}{a}\, x\, dx.\, \overline{b+x}^{1/2}$$

$$= S.\, \mathrm{L}\, dx.\, \overline{b+x}^{1/2} - S.\, \frac{\mathrm{L}}{a}\, dx\, \overline{b+x}^{3/2}$$

$$+ S\, \frac{\mathrm{L}\, b\, d}{a}\, x.\, \overline{b+x}^{1/2}$$

$$= L.\left(2/3\, \overline{b + x}^{3/2} - \frac{2}{5a} - .\, \overline{b + x}^{5/2} + \frac{2.\, b.}{3.\, a.} \overline{b + x}^{3/2} + c \right).$$

E facendo $x = 0$, nella quale ipotesi abbiamo $q = o$,

si ha: $c = -L\left(2/3\, b^{3/2} + \frac{4}{15.\, a} .\, b^{5/2} \right)$; e però

$$q = L\left(2/3.\, \overline{b + x}^{3/2} - \frac{2}{5.\, a} \cdot \overline{b + x}^{5/2} \right.$$

$$\left. + \frac{2\, b}{3\, a} .\, \overline{b + x}^{3/2} - 2/3.\, b^{3/2} - \frac{4}{15.\, a}\, b^{5/2} \right)$$

$$= \frac{2\, L.}{15.\, a}\left(\overline{5\, a - 3\, x + 2\, b}.\, \overline{b + x}^{3/2} - .\, \overline{5\, a - 2\, b}.\, b \right);$$

e fatta $x = a$, si ha:

$$q = \frac{2}{15.\, a} L.\left(2.\, \overline{a + b}^{5/2} - \overline{5\, a - 2\, b}.\, b^{3/2} \right).$$

37. Fatto $b = o$, si ha: $q = \frac{4}{15} L.\, a^{3/2}$.

38. Al triangolo H M L si circoscriva il rettangolo H I. La quantità d' acqua che da questa bocca rettangolare si scaricherà quando l'acqua premente sia a livello del lembo superiore H L, nel qual caso è $b = 0$, sarà: $2/3\, L.\, x^{3/2}$; e fatto $x = a$, sarà $2/3\, L.\, a^{3/2}$.

Starà dunque l'acqua scaricata dal rettangolo H I senza battente alla scaricata dal triangolo inscritto H M L :: $2/5\, L a^{3/2} : 4/15\, L a^{3/2} :: 5 : 2$; e colla verticale B M dividendo il rettangolo H I per metà, avremo l'acqua scaricata dal rettangolo B N alla scaricata dal rettangolo H M L :: $2\ 1/2 : 2 :: 5 : 4$.

39. Se il triangolo H B L avrà la base H L che formi per la sezione la soglia (fig. 4), ritenute le stesse denominazioni di sopra, avremo:

$$q = S.\frac{L x\, d x}{a}\, \overline{b + x}^{1/2} = S.\frac{L\, d}{a} x \left(\overline{b + x}^{3/2} - b.\, \overline{b + x}^{1/2} \right)$$

$$= \frac{2\, L}{a}\left(2/5\, \overline{b + x}^{5/2} - 2/3\, b.\, \overline{b + x}^{3/2} + c \right)$$

$$= \frac{2\, L}{15\, a}\left(\overline{3\, x - 2\, b}.\, \overline{b + x}^{3/2} + c \right).$$

Fatta $x = 0$, si trova $c = 4/15\, b^{5/2}$; onde

$$q = 2/15\, \frac{L}{a}\left(\overline{3 x - 2 b}.\, \overline{b + x}^{3/2} + \frac{4}{15}\, b^{5/2} \right).$$

40. E se sarà $b = 0$, ed $x = a$, avremo $q = 2/3\ L\, a^{3/2}$. Quindi se sulla soglia H L apriremo la bocca rettangolare N L dell'altezza M B, avremo l'acqua scaricata dal triangolo H B L colla punta rivolta in alto, e senza battente, all'acqua scaricata dal rettangolo circoscritto

$$:: 2/5\ L a^{3/2} : 2/3\ L a^{3/2} :: 6 : 10;$$

e diviso N L per metà colla verticale B M, sarà l'acqua scaricata dal triangolo H B L alla scaricata dal rettangolo N M $::$ 6 : 5. Ma si è veduto (n.° 38) che l'acqua scaricata dal rettangolo B N (fig. 3) sta alla scaricata dal triangolo H M L colla punta rivolta al basso $::$ 5 : 4. Dunque supposto che le aree dei due triangoli (fig. 3 e 4) sieno eguali, avremo l'acqua scaricata dal triangolo H M L (fig. 3), dal rettangolo B N, dal triangolo N B L (fig. 4), che hanno tutti un'area eguale, nella proporzione 4 : 5 : 6.

Sezioni ellittiche e circolari.

41. Sia B H M L (fig. 5) un'ellissi. Chiamando l'asse trasverso $BM = a$, il conjugato $HL = L$, avremo, per la proprietà dell'ellissi,

$FG = \frac{2L}{a} \overline{ax - xx}^{1/2}$. Dunque (n.° 30) sarà:

$$q = S. \frac{2L}{a} dx. \overline{ax - xx}^{1/2}\ \overline{b + x}^{1/2}.$$

Affinchè questa formola sia suscettibile d'integrazione conviene svolgere in serie il binomio $\overline{b + x}^{1/2}$. Noi lo svolgiamo nella maniera seguente:

$$\overline{b + x}^{1/2} = x^{1/2} + \frac{b}{2x^{1/2}} - \frac{b^2}{8x^{3/2}} + \frac{b^3}{16x^{5/2}} - b.$$

Questa serie tanto più rapidamente converge, quanto è $b < x$, ossia di a, a cui finalmente x s'uguaglia; e noi supponendolo picciolissimo, ci potremo nell'integrazione contentare dei soli primi due termini.

E in questo caso si ha: $S\ \frac{2L}{a}.\ dx. \overline{ax - xx}.\ \overline{b + x}^{1/2}$

$$= \frac{L}{a} S. dx \left(2x. \overline{a - x}^{1/2} + b. \overline{a - x}^{1/2} \right)$$

$$= \frac{L}{a} S. dx \left(-2. \overline{a - x}^{3/2} + \overline{b + 2a}. \overline{a - x}^{1/2} \right)$$

$$= \frac{L}{a} \left(\frac{4}{5} \overline{a - x}^{5/2} - 2/3\, \overline{2a + b}.\ \overline{a - x}^{3/2} + c \right)$$

$=\frac{2}{15}\frac{L}{a}\left(-\overline{4a-6x-5b}\,.\,\overline{a-x}^{3/2}+\overline{4a+5b}\,.\,a^{3/2}\right)$. Fatta $x=a$, si avrà: $q=\frac{2L}{15}\,\overline{4a+5b}\,.\,a^{1/2}$; e se la bocca fosse senza battente, risulterebbe: $q=\frac{8L}{15}a^{3/2}$.

42. All'ellissi si circoscriva il rettangolo R S; l'acqua che scaricherebbe senza battente sarebbe (n.° 35) da esprimersi per $2/3\,L\,a^{3/2}$. Dunque avremo l'acqua scaricata dal rettangolo circoscritto alla scaricata dall'ellissi inscritta, che abbia i suoi assi paralleli ai lati del rettangolo $::\ 2/3\,L\,a^{3/2} : 8/15\,L\,a^{3/2} :: 5 : 4$.

43. Ma noi abbiamo veduto (n.° 38) che il rettangolo B N, che abbia il lato $HB=\frac{HL}{2}$ (fig. 3), e il lato H N eguale all'altezza B M del triangolo HML, colla punta rivolta al basso, scarica una quantità d'acqua che sta alla scaricata dal triangolo $:: 5 : 4$. Dunque se si formerà una bocca triangolare, la cui base a fior d'acqua sia $=2\,RI=2\,HL$, e l'altezza $=BM$, si scaricherà da questa una quantità d'acqua come dall'ellissi M H B L.

44. Se l'ellissi convertirassi in cerchio, noi avremo $L=a$. Dunque pel cerchio avremo (n.° 41) $q=2/15\ \overline{4a+5b}.a^{3/2}$; e se la bocca fosse senza battente, si avrebbe: $q=8/15\ a^{5/2}$.

45. Ripigliando la formola ellittica (n.° 41)

$$q=2/15\,\frac{L}{a}\left(-\overline{4a-6x-5b}\,.\,\overline{a-x}^{3/2}+\overline{4a+5b}\,.\,a^{3/2}\right),$$

se in luogo di fare $x=a$, faremo $x=\frac{a}{2}$, avremo la quantità d'acqua che sgorga dal semiellissi superiore H B L. Fatte le dovute sostituzioni, e fatto $b=0$, $L=a$, per trasportare l'equazione al cerchio avremo: $q=\frac{4}{3}a^{5/2}\,.\,0{,}6464-\frac{4}{5}a^{5/2}\,.\,0{,}8232=a^{5/2}\,.\,\frac{3{,}0496}{15}$.

46. Ora si è trovato (n.° 44) che l'acqua scaricata da tutto il cerchio è $\frac{8}{15}a^{5/2}$. Dunque se il semicerchio superiore scarica una porzione $=a^{5/2}\ \frac{3{,}0496}{15}$, ne resterà per l'inferiore $4{,}9504\ a^{5/2}$; onde nella bocca circolare senza battente l'acqua scaricata dal semicerchio superiore starà alla scaricata dall'inferiore $:: 30496 : 49504 :: 0{,}616 : 1$.

47. Ognun vede che l'eccesso d'acqua che scarica il semicerchio inferiore dipende dall'esser esso tutto sommerso sotto una profondità maggiore d'acqua premente. Ma se l'acqua premente radesse il diamétro HL, la cosá succederebbe diversamente, e minore quantità d'acqua si scaricherebbe da HML, che da HBL.

48. Cerchisi ora la quantità d'acqua del segmento circolare FHMLG senza battente. Facendo, come sopra, in B il principio delle ascisse, si chiami $BE = b$: è evidente che l'altezza premente sulle varie sezioni ONno sarà da esprimersi per $x-b$: onde se nella formola del n.° 41

$$\frac{L}{a}\left(4/5\,\overline{a-x}^{1/2} - 2/5\,\overline{2a+b.\,a-x}^{3/2} + c\right)$$

varieremo in b il segno + in —, e faremo $L = a$, avremo la formola che ne esprime la quantità d'acqua tramandata dal segmento circolare FHMLG senza battente; la qual formola semplificata come al n.° 41, ci dà: $q = 2/15\left(\overline{-4a-6x+5b}.\,\overline{a-x}^{3/2} + c\right)$.

Presentemente nel determinare la costante c non abbiamo da fare $x = 0$, ma $x = b$; il che fatto, si ha: $c = \frac{2}{15}\,\overline{4+b\,a-b}^{3/2}$; onde

$$q = \frac{2}{15}\left(\overline{-4a-bx+5b}.\,\overline{a-x}^{2/3} + \overline{4a+b}\,\overline{a-b}^{3/2}\right).$$

Fatto $x = a$, si ha: $q = 2/15\,\overline{4a+b.\,a-b}^{2/3}$.

Fatto $b = \frac{a}{8}$, si ha: $q = \frac{6,752.}{15}\,a^{5/2}$.

Della velocità media.

49. Se la quantità d'acqua, che in un dato tempo sorte per una data sezione, dividerassi per questa medesima sezione, si avrà quella che chiamasi *velocità media*, cioè quella velocità da cui (se tutte le particelle acquee ne fossero egualmente affette) si avrebbe nella erogazione la stessa quantità che hassi attualmente con velocità diverse nelle diverse altezze.

50. Ripigliando nuovamente la sezione HBL (fig. 1), si ha (n.° 30): FG $gf = y\,dx$, e l'area HBL $= S.y\,dx$. Ora essendo (n.° 30) $S.y\,dx.\,b^{1/2} + x^{1/2}\,p$ l'espressione generale della quantità d'acqua, chiamata v la velocità media, avremo: $v = \frac{S.y\,dx.\,\overline{b+x}^{1/2}\,p^{1/2}}{S.\,dyx}$.

51. E per la sezione lineare sarà: $v = \frac{S.dx.\overline{b+x}^{1/2}\,p^{1/2}}{S.dx}$ $= 2/3\, p^{1/2} \left(\frac{\overline{b+x}^{3/2}}{x}\right)$; e fatto $b=0$, $v = 2/3 \sqrt{px}$; e fatta $x=a$, $v = 2/3 \sqrt{pa}$.

52. Nella sezione lineare AM (fig. 2), che suppongo senza battente, cerchiamo il punto x, a cui corrisponde la velocità media $v = 2/3 \sqrt{px}$. Poichè nella parabola AZD l'ordinata XZ rappresenta la velocità corrispondente ad AX, chiamando $AM = a$, $AX = p$, avremo (n.° 51): $v = 2/3 \sqrt{px} = 2/3 \sqrt{pa}$; onde $x = 4/9\, a = 4/9\, AM = \frac{AM}{2} - \frac{AM}{18}$; cioè a dire, nella sezione lineare senza battente il punto ove cade la velocità media sta sopra il centro della sezione stessa d'un diciottesimo di tutta la sua altezza.

53. Lo stesso dicasi pure della sezione rettangolare, la quale potendosi riguardare come generata dallo scorrimento d'una sezione lineare sulla soglia della rettangolare, dovrà necessariamente avere il punto della velocità media alla stessa profondità della sezione lineare.

54. Nella sezione triangolare, che abbia la sua punta rivolta al basso (fig. 3), abbiamo trovato (n° 36): $y = L.\frac{a-x}{a}$.

Dunque $\frac{S.y\,dx.\overline{b+x}^{1/2}.p^{1/2}}{S.y\,dx} = \frac{S.L\frac{a-x.}{a}dx.\overline{b+x}^{1/2}.p^{1/2}}{S.L.\frac{a-x.}{a}dx} = v$; e fatto $b=0$, si ha: $v = \frac{p^{1/2} L\left(\frac{2}{3}x^{3/2}\,\frac{2}{5}\frac{x^{5/2}}{a}\right)}{L.\left(x - \frac{x^2}{2a}\right)}$; e fatta $x=a$, si ha: $v = \frac{8}{15}a^{1/2}\,p^{1/2}$.

Se chiameremo x la profondità del punto X, a cui appartiene la velocità media, si avrà: $p^{1/2}\,x^{1/2} = \frac{8}{15}a^{1/2}\,p^{1/2}$; dal che risulta $x = \frac{64}{225}a$: e poichè il centro della figura triangolare è, come ognun sa, distante dalla sua base HL per un terzo dell'altezza del triangolo HML, perciò il punto X della velocità media sarà distante dal centro del triangolo per un intervallo $= 0{,}0408\, a$.

55. Se la base HL (fig. 4) coincidesse colla soglia orizzontale della sezione, l'espressione della velocità media, ove non siavi alcun battente,

sarà (n.° 39): $v = \frac{2}{5} \frac{L.\,a^{3/2}\,p^{1/2}}{\frac{La}{2}} = 4\,a^{1/2}\,p^{1/2}$; dal che risulta BX $= x = \frac{16\,a}{15}$.

Ma la distanza del centro della figura dal vertice B è $\frac{2}{3}\,a$; dunque la distanza del centro della figura dal punto ove cade la velocità media sarà: $\frac{2}{3}\,.\,a - \frac{16}{25}\,.\,a = \frac{2}{75}\,.\,a = 0{,}0266\,.\,a$.

56. Prendendo 7 : 22, la ragione tra 'l diametro e la periferia del cerchio, chiamato a il diametro, l'area circolare sarà: $\frac{11}{14}\,.\,a^2$. Essendosi pertanto ritrovata da noi (n.° 44) la quantità d'acqua che si scarica dalla sezione circolare senza battente $= \frac{8}{15}\,a^{5/2}$, troveremo col solito metodo BX $= x = \frac{12544\,.\,a}{27225}$. Ora il centro del cerchio dista dal vertice per uno spazio $= \frac{a}{2}$; dunque la distanza del punto X dal centro del cerchio sarà: $a - \frac{12544}{27225}\,.\,a = 0{,}0392\,.\,a$.

57. Noi abbiamo fin qui considerate le bocche senza battente: quando vi avessimo voluto considerare il battente, avremmo trovato che la distanza tra il punto della velocità media e il centro della figura riesce minore di mano in mano che il battente si fa maggiore. Infatti è evidente che la predetta distanza deve riuscire tanto minore, quanto minore è la differenza di velocità negli strati d'acqua che si succedono nelle diverse altezze. Ma quanto più cresce il battente, altrettanto la differenza di velocità negli strati d'acqua, che si succedono nelle diverse altezze, diventa minore; imperciocchè AB ci rappresenta l'altezza d'una bocca senza battente, BX $=$ AB l'altezza d'una bocca con un battente AB. Prendansi nella bocca AB senza battente due ordinate mn, sr infinitamente prossime: chiamando x le ascisse, y le ordinate, dx le differenze delle prime; dy le differenze delle seconde, avremo, prescindendo dal parametro, $dy = \frac{dx}{2x}{}^{1/2}$; e prendendo parimente nella bocca BX le ascisse zx, zv infinitamente prossime, e fatto il principio delle ascisse in B, e chiamato AB $= a$, avremo: $dy = \frac{dx}{2.(a+x)}{}^{1/2} < \frac{dx}{2\,x}{}^{1/2}$.

Adunque nelle bocche fornite di battente il punto della velocità media si accosterà tanto più al centro della figura, quanto il battente sarà maggiore. E se noi volessimo supporre una bocca con un battente di altezza infinita, la velocità media coinciderebbe col centro della figura.

Degli elementi da cui dipende la grandezza dell' erogazione.

58. La quantità d'acqua essendo eguale al prodotto della velocità nella sezione, e le velocità nelle acque che si movono per pressione essendo come le radici delle altezze prementi, si vede che i principii, da cui le quantità d'acqua sgorganti dipendono, sono l'altezza premente e la sezione. Gli elementi dell'altezza premente poi sono il battente, e l'altezza della sezione; e gli elementi d'una sezione qualunque, d'una determinata figura, ossia determinata equazione, sono larghezza e altezza: quindi si vede che gli elementi, da cui risulta la quantità d'acqua che sgorga per sola pressione, sono: altezza della sezione, sua larghezza, e battente. In tutti i calcoli fatti fin qui questi tre elementi si sono sempre assunti come dati; e dalla loro varia combinazione, secondo la varietà delle figure che avea la sezione, si è dedotto il valore della erogazione. Presentemente supporremo cognito il valore della erogazione, che è q; e supponendo pure cogniti due dei tre predetti elementi, cercheremo il modo di determinare il terzo.

59. Non ci fermeremo però a ricercare come, data la quantità d'acqua, il battente, e l'altezza della sezione, si trovi la larghezza di questa; perchè in tutte le equazioni da noi trovate nel calcolare diverse quantità d'acqua che sgorgano dalle sezioni diverse il valore di L è di tanto facile separazione, che sarebbe far torto ai leggitori il fermarci ad indicar loro il metodo per ottenerla. Prenderemo dunque in considerazione il battente soltanto, e l'altezza della bocca.

60. In una bocca rettangolare, che ha la soglia parallela all'orizzonte, sia data la quantità relativa d'acqua q che sgorga, l'altezza a, la larghezza L: se ne cerca il battente b.

L'equazione che ci fornisce nelle bocche rettangolari le quantità d'acqua relative è (n.° 14) $2/3\, L\left(\overline{a+b}^{3/2} - b^{3/2}\right) = q$. Questa equazione essendo di sesto grado, non è risolvibile che col metodo delle approssimazioni. Le cose che intorno alla velocità media noi abbiam dette dal n.° 49 fino al 51, ne faciliteranno assaissimo questo metodo, non solo per rispetto alle bocche rettangolari, ma a tutte le altre che in seguito potranno da noi essere considerate. Per ciò che appartiene alle rettangolari dispongo l'equazione superiore nel modo seguente: $\frac{3q}{2L} + b^{3/2} = \overline{a+b}^{3/2}$; e questa equazione noi chiameremo B.

Per mezzo poi della velocità media cominceremo a determinare pel battente b un valore poco discosto dal vero: questo valore noi sostituiremo al b, che si trova nel primo membro dell'equazione B; e maneggiando in seguito la stessa equazione B, ne caveremo un valore che sarà più prossimo al vero del primo: questo valore secondo di b, sostituito in luogo del primo nel primo membro dell'equazione B, ci darà un terzo valore più prossimo al vero del secondo; e collo stesso andamento procedendo noi a fare nuove sostituzioni, ci potremo accostare al vero valore del battente quanto ci tornerà più a grado. Facciamone le attuali operazioni.

61. Si è da noi dimostrato (n.° 52. 53), che in una sezione rettangolare senza battente il punto ove cade la velocità media non è discosto dal centro della figura (ch'è alla metà di sua altezza) se non d'un diciottesimo dell'altezza; inoltre si è dimostrato (n.° 57) che nelle sezioni fornite di battente il predetto punto s'accosta di più al centro della figura, che nelle altre che non hanno battente, in modo che se il battente avesse un'altezza infinita, il predetto punto cadrebbe nel centro stesso della figura. Dunque se noi supporremo che il predetto punto della velocità media cada ad un trentesimosesto di tutta l'altezza a sopra il centro della figura, tutto l'errore possibile che si ammetterà in questa supposizione non uguaglierà che un altro trentesimosesto di a, il quale trentesimosesto potrà egualmente essere per eccesso o per difetto.

Ciò posto, essendo la velocità media (n.° 49) $v = \frac{q}{La}$, si avrà $v^2 = \frac{q^2}{L^2 a^2}$. Ma quando si tratta di velocità relative, il loro quadrato è uguale all'altezza da cui sono prodotte: dunque chiamando quest'altezza A, avremo $A = \frac{q^2}{L^2 a^2}$, ed $A + \frac{a}{36} = \frac{q^2}{L^2 a^2} + \frac{a}{36}$. Ma si è supposto che la velocità media (ch'è generata dall'altezza A) cada sopra il centro della figura di una porzione $= \frac{a}{36}$: dunque sarà $A + \frac{q}{36}$ l'altezza sovraincombente al centro della figura. Ma quest'altezza sovraincombente al centro della figura è $b + \frac{a}{2}$; dunque avremo per l'equazione antecedente $b + \frac{a}{2} = \frac{q^2}{L^2 a^2} + \frac{a}{36}$. Dal che risulta il battente $= \frac{q^2}{L^2 a^2} - \frac{17 . a}{36}$, che noi chiameremo b'.

62. Questo valore b' sostituiscasi ora in luogo di b nel primo membro dell'equazione B; si avrà: $\frac{3q}{2L} + \left(\frac{q^2}{L^2 a^2} - \frac{17a}{36}\right)^{3/2} = \overline{a + b}^{3/2}$,

ossia $\frac{3q}{2L} + b'^{3/2} = \overline{a+b}^{3/2}$; e però $\left(\frac{3q}{2L} + b'^{3/2}\right)^{2/3} - a = b$, il cui valore noi chiameremo b'', e sarà più prossimo al vero del valore b' trovato nel numero antecedente; e se nel primo membro dell'equazione B in luogo di b sostituirassi b'', avremo il battente $= \left(\frac{3q}{2L} + \overline{b''}^{3/2}\right)^{2/3} - a$, che noi chiameremo b''', che sarà più prossimo al vero di b''; e così procedendo, col sostituire successivamente nel primo membro dell'equazione B il valore del battente ultimamente trovato, ci potremo accostare al suo vero valore oltre ogni limite dato.

63. Prendasi ad esempio l'oncia d'acqua milanese, il cui battente (sebbene si sappia essere $= 2$) suppongasi incognito. Essendo $a = 4$, $L = 3$, $q = 23,732$, sarà: $\frac{q}{La} = v = \frac{23,732}{12} = 1,977$; e però (n.° 61) $b' = 3,907 - 1,889 = 2,018$, il quale valore non differisce dal vero che di soli 18 millesimi; e cercando (n.° 62) il valore b'', si troverà essere $= (13,733)^{2/3} - 4 = 2,009$, che ci dà la metà soltanto della differenza anteriore ritrovata. Procedendo così a ricercare il valore di b''', di b^{IV} ec., noi ci possiamo oltre ogni limite accostare al vero valore del battente 2, o di qualsivoglia altro, quando il suo valore fosse diverso da quello dell'oncia milanese.

64. Quando si vede che le differenze che si trovano nei successivi valori b, b', b'' ec. sono picciolissime e trascurabili, allora è segno che noi siamo vicinissimi al vero valore del battente.

65. Se ci fosse stata data non la quantità d'acqua relativa, ma l'assoluta, allora $\frac{q}{La}$ uguaglierebbe non la velocità relativa, ma l'assoluta; la quale velocità assoluta è la radice dell'altezza nella radice del parametro: onde in luogo di fare come al n.° 61 si è fatto, $v^2 = \frac{q^2}{L^2a^2} = A$, si dovrebbe invece fare: $v^2 = \frac{q^2}{L^2a^2} = Ap$, e però $A = \frac{q^2}{p.\, L^2a^2}$.

66. Cerchisi ora il battente nella bocca triangolare, un lato della quale sia orizzontale, e formi il lembo superiore della bocca. L'equazione per questa bocca (n. 36) è: $q = \frac{2L}{15.a}\left(\overline{2.a+b}^{5/2} - 5a - 2b.\, b^{3/2}\right)$, la quale, disposta nella maniera che segue,

$\frac{15.\,aq}{4L} + \frac{\overline{sa + 2}b.}{2}\,b^{3/2} = \overline{a + b},^{5/2}$ chiamo B. Sia $a = 6$, $L = 1/2$, la quantità relativa $q = 54{,}743$; avremo: $v = \frac{2q}{La} = \frac{109{,}486}{45} = 2{,}433$. Onde $v\,v$, che è l'altezza A da cui è cagionata la velocità media v, sarà 5,9195.

Ora (n.° 54 e 57) la differenza massima tra A, e l'intervallo tra il centro del triangolo e la superficie dell'acqua premente, è $= 0{,}405$. $a = 0{,}243$, la cui metà è 0,1215. Dunque se noi nel caso presente supponessimo che il punto x (fig. 3) della velocità media cadesse nel luogo di mezzo tra la massima e la minima distanza dal centro del triangolo, avremmo $A + 0{,}1215 = b + \frac{a}{3}$; e sostituiti ad A ed a i suoi corrispondenti valori, avremmo b, ch'io chiamo $b' = 4{,}0409$. Questo valore b', sostituito in luogo di b nell'equazione superiore B, ne fornirà

$$\overline{\frac{15.\,aq}{4L}} + \frac{\overline{sa + 8{,}0818.}}{2}\;8{,}123 = \overline{a + b}^{\,5/2};$$

dal che si ha b, che io chiamo

$b'' = \overline{318{,}898}^{\,2/5} - a = 4{,}0335$. Se questo valore b'' lo sostituiremo in luogo di b' nel primo membro dell'equazione B, noi avremo per il battente cercato un valore che si accosterà al vero più da vicino di quello che abbiamo anteriormente trovato.

E se, procedendo collo stesso metodo, noi cercheremo altri valori b''', b^{IV} ec., e successivamente li sostituiremo in luogo di b nell'equazione B, ci potremo accostare al vero valore del battente al di là di qualsivoglia determinato limite.

67. Quello che presentemente abbiamo detto sulla maniera di trovare per approssimazione il battente d'una bocca triangolare, che abbia la sua punta rivolta al basso, ne indica il modo che si dee tenere per trovarlo nelle bocche triangolari che abbiano la punta rivolta in alto; imperciocchè l'equazione da noi trovata (n.° 39) per queste bocche è suscettibile delle medesime operazioni che abbiamo usate nel numero antecedente.

68. Non ci fermeremo poi a cercare il battente nelle bocche ellittiche o circolari, perchè se l'acqua riempie tutto il vano della bocca (come si supponeva al n.° 41. 44), la separazione del battente b si ottiene facilissimamente, senza aver bisogno del metodo delle approssimazioni. Che se l'acqua non riempisse interamente il vano della bocca (come al n.° 48), la maniera da noi usata nelle bocche triangolari (n.° 66) ci farebbe ab-

bastanza conoscere come dobbiamo procedere anche per riguardo a quelle sezioni che sono segmenti di ellissi o di cerchio. Quindi noi passeremo dal battente all'altezza delle bocche.

69. Nelle equazioni per le sezioni lineari e rettangolari abbiamo trovato dal n.° 31 fino al 36 inclusivamente, che la x, che n'esprime l'altezza della sezione, si può facilmente separare senza aver ricorso al metodo delle approssimazioni. Non è però così delle triangolari ed ellittiche, in cui il metodo delle approssimazioni ci è necessario; anzi non potendo noi (per fissare in queste approssimazioni i limiti) far uso della velocità media, come ne abbiam fatto uso quando si trattava del battente, perchè c'ingolferemmo in una equazione di terzo grado, ci converrà per la determinazione dei predetti limiti ricorrere ad altri artifizii.

70. Sia da trovarsi l'altezza a nella bocca triangolare colla punta rivolta al basso. La sua equazione (n.° 36) è:

$q = \frac{2L}{15.a}\left(2.\overline{a+b}^{\,5/2} - \overline{sa-b.b}^{\,3/2}\right)$, che io chiamo A. Se fosse $b=0$, avremmo $a = \left(\frac{15.q}{4.L}\right)^{2/3}$, e non si avrebbe bisogno del metodo di approssimazione. Ma quando b non è zero, bisogna ricorrervi; e a questo fine, per non gettare molte operazioni invano, conviene trovare i limiti, entro i quali il valore di a si può restringere. Ora è evidente che è $\overline{a+b}^{\,5/2} > a^{5/2} + 2ab^{3/2} + b^{5/2}$. Dunque se nel secondo membro dell'equazione A in luogo di $\overline{a+b}^{\,5/2}$ sostituiremo $a^{5/2} + 2ab^{5/2} + b^{5/2}$, risulterà $q > \frac{2L}{15.a}\left(2a^{5/2} - ab^{3/2}\right)$, trascurato $b^{5/2}$; onde

$q > \frac{2L.}{15}\left(2a^{3/2} - b^{3/2}\right)$, e però $a > \left(\frac{15q}{4L} - \frac{b^{3/2}}{2}\right)^{2/3}$, che io chiamo a';

onde $a' > a$. Inoltre essendo $\overline{a+b}^{\,5/2} = \overline{a+b}^{\,2}.\overline{a+b}^{\,1/2}$, avremo:

$\frac{15aq}{4L} < \overline{a^2+2ab+b^2}\ \overline{a'+b}^{\,1/2}\ \frac{sab^{3/2} - 2b^{5/2}}{2}$; e fatto

$\overline{a'+b}^{\,1/2} = c$, essendo a' quantità cognita, avremo $a^2 + \left(2b - \frac{sb^{3/2}}{2c} - \frac{15q}{4Lc}\right)$

$a = b^{5/2} - b^2$, ed $a > \frac{15.q}{8Lc} + \frac{sb^{3/2}}{4c} - b$

$+\sqrt{\left[\frac{b^{5/2}}{c} - b^2 + \left(b - \frac{5b^{3/2}}{4c} - \frac{15.q}{8Lc}\right)^2\right.}$; il qual valore io chiamo a''. Dunque i due limiti di a' sono a, a''.

71. Sia $L = 6$, $b = 3$, $q = 40$: avremo $a' = (27{,}598)^{2/3} = 9{,}13$; avremo inoltre $c = \sqrt{a' + b} = 3{,}483$: onde $a'' = 2453 + \sqrt{1{,}492}$; e preso il segno $+$, si ha $a'' = 3{,}674$. I limiti pertanto, entro i quali è contenuto a, sono 9, 13, 3674, limiti assai discosti tra loro; ma se noi, secondo il costume, prenderemo tra questi due numeri l'intero 6, che sta di mezzo, ci troveremo dal vero valore discosti per pochi decimi soltanto.

72. Determinati così i limiti di a, ripigliamo l'equazione A (n.° 10), e disponiamola nella maniera seguente:

$\left(\frac{\frac{15.qa}{2L} + \overline{5a + 2b}.b^{3/2}}{2}\right)^{2/5} - b = a$; la quale equazione io la chiamo B. Se noi nel primo membro di questa daremo ad a il valore 6, troveremo il valore di a nel secondo membro essere $= 6{,}2341$, che noi chiameremo a'''. Se nel medesimo primo membro dell'equazione sostituiremo ora a''' in luogo di a, troveremo per l' a del secondo membro un valore ancora più prossimo al vero; e continuando così successivamente la stessa operazione, arriveremo a tutta l'esattezza possibile.

73. Abbia la sezione triangolare rivolta in alto la sua punta: la sua equazione (n.° 39), fatto $x = a$, è $q = \frac{2L}{15.a}\left(\overline{3a - 2b}.\overline{b + a}^{3/2} + 2b^{5/2}\right)$; la quale chiamo A. Ora essendo $b^{1/2} < \overline{a + b}^{1/2}$, e però $2b.\overline{b + a}^{3/2} > 2ab^{3/2} + 2b^{5/2}$, avremo $\frac{15.q}{2L} + 2b^{5/2} < 3.\overline{b + a}^{3/2}$; onde

$a > \left(\frac{15q}{6L} + \frac{2b^{3/2}}{3}\right)^{2/3} - b = a'$. Quindi per la stessa equazione A si avrà

$15a'q < \overline{3a' - 2b}.\overline{b + a}^{3/2} + 2.b^{5/2}$; dal che si ha

$a < \left(\frac{\frac{15.a'q}{2L} - 2.b^{5/2}}{3a' - 2b}\right)^{3/2} - b = a''$. Abbiamo pertanto a' ed a'' per limiti, entro i quali è contenuta l'altezza a.

74. Sia la quantità relativa $q = 68$, $b = 2$, $L = 7\ {}^{1}/_{2}$; noi avremo $a' = 6,44$: $a'' = (28,4453)^{2/3} - 2 = 7,318$: onde i limiti di a sono 6,44, e 7,318.

75. Per approssimarci ora sempre più al vero valore di a dispongo l'equazione A nel modo che segue:

$$a = \left(\frac{\frac{15.aq}{2\ L} - 2b^{5/2}}{3a - 2b}\right)^{2/3} - b;$$ che io chiamo B.

Nel secondo membro di questa equazione B sostituisco 7 in luogo di a; e $a = \left(\frac{464,688}{17}\right)^{2/3} - 2 = 7,07$, che io chiamo a'''. Sostituisco, nel secondo membro della stessa equazione B, a''' in luogo di a; e trovo per questo un valore a^{IV} più prossimo al vero. Proseguo l'operazione fintantochè la differenza tra i valori successivamente trovati è trascurabile; ed allora il valore per a è, quanto alla pratica, abbastanza esatto.

76. Vengo all'ellissi, la cui equazione è (n.° 41):

$q = \frac{2L}{15}\overline{4a + sb}^{1/2} . a$; sarà dunque $\frac{15.q}{8L} > a^{3/2}$: onde

$$a < \left(\frac{15 . q}{8\ L}\right)^{2/3} = a'.$$

77. Se dai valori dati di q, di L, di b si conoscerà dover essere a un intero, il che accaderà frequentemente, noi potremo avere anche un limite più ristretto, facendo $a < \left(\frac{15\ q}{8\ L} - \frac{sb}{4}\right)^{2/3} = a'$.

78. Qualunque però sia il valore di a' che abbiasi a prendere, avremo sempre $q < L\left(\frac{8a^{3/2}}{15} + {}^{2}/_{3}\ b\ a'^{1/2}\right)$; ed $a > \left(\frac{15\ q}{8\ L} - \frac{sb . a'^{1/2}}{4}\right)^{2/3} = a''$.

79. Sia $b = 1$, $L = 10$, $q = 164$. Ognun vede che essendo questa quantità d'acqua sette once incirca d'acqua milanese, dovrà col battente $= 1$, e colla larghezza $= 10$, avere un'altezza assai maggiore di un'oncia; quindi per a' prenderemo la formola del n.° 77, per mezzo della quale trovasi $a = 9,16$, ed $a'' = 8,999$.

Ripigliando l'equazione A, la dispongo nella maniera che segue:

$\left(\frac{15\ q}{8\ L} - \frac{5}{4} . ba^{1/2}\right)^{2/3} = a$, e la chiamo B.

Nel primo membro di questa equazione B in luogo di a sostituisco 9, che è un medio tra a' ed a'': il primo membro diventa $(27)^{2/3}$; onde ho $(27^{2/3} = a = 9)$: il che dimostra che il valor medio da noi assunto per a è il vero valore di a.

80. Da quello che si è detto al n.° 45 per le sezioni semicircolari, non facendo svanire il valore b, abbiamo $q = a^{5/2} . 0,2033 + a^{3/2} b. 0,5082$, la quale equazione chiamo A; e poichè al n.° 41 si è supposto b assai piccolo per rispetto ad a, a non potrà essere una frazione: onde avremo

$$\frac{q - b . 0,5082}{0,2033} > a^{5/2} \text{ ; onde } \left(\frac{q - b . 0,5082}{0,2033}\right)^{2/5} = a'.$$

Avremo anche $q < a^{5/2} . 0,2033 + b\, a'^{3/2} . 0,5082$; e quindi

$$a > \left(\frac{q - b\, a'^{3/2} . 0,5082}{0,2033}\right)^{2/5} = a''.$$

81. Sia $b = 1/2$, $q = 80$; avremo $a = (342,257)^{2/5} = 10,312$, ed $a'' = (301,991)^{2/5} \doteq 9,8174$. Dispongasi l'equazione A nella maniera seguente: $\left(\frac{q - a^{3/2} b . 0,5082}{0,2033}\right)^{2/5} = a$, la quale equazione chiamo B; e preso il 10 per valore medio tra i due limiti a' ed a'', questo valore 10 si sostituisca in luogo di a nel primo membro dell'equazione B; e troveremo per a, che ne forma il secondo membro, un valore a'', che al vero valore di a sarà più prossimo del 10: e si continui la stessa operazione infino a tanto che le differenze dei valori, che successivamente si trovano, sono in pratica trascurabili.

Accelerazione prodotta dalla declività del letto.

82. I calcoli fatti sin qui suppongono che l'acqua sorta dalle bocche con quella velocità, nè più nè meno, che si deve alla pressione; ma talvolta la velocità viene accresciuta dalla declività del letto, talvolta per contrario è diminuita dal rigurgito. La giusta distribuzione delle acque richiede che queste cagioni straniere siano da noi con tutta la possibile esattezza ridotte a calcolo, per apporvene poi il dovuto compenso. Incominciamo dall'accelerazione che la declività del letto produce.

83. Se la declività del letto cagionasse la stessa accelerazione in tutte le varie profondità delle sezioni che si movono verso la bocca di deriva-

zione, l'uso del galleggiante proposto dal nostro autore sarebbe opportunissimo al caso presente; ma la velocità in superficie non è quella verso il fondo nè anche in que' tratti ove il moto della corrente è dovuto alla sola declività del letto, come si potrebbe dimostrare colla ragione e coll'esperienza. È dunque necessario ricorrere a tutt'altro spediente, che a quello del galleggiante. Io in una delle mie Dissertazioni idrauliche, Tom. II. pag. 112 e seg., ho dimostrato che nel sifone ricurvo di Pitot la differenza di livello tra l'acqua del sifone e l'acqua esteriore rappresenta precisamente quell'altezza a cui è dovuta la velocità che dipende dalla declività del letto. Ciò posto, ecco il modo di correggere l'eccesso d'acqua cagionato dalla declività del letto.

84. Sia MB (fig. 2) l'altezza di una bocca qualunque, ed AB il suo battente: si divida BM nelle parti uguali BX, XF, FM. Si cominci a sperimentare col sifone in BX, facendo in modo che l'asse del di lui braccio più corto, rivolto contro la corrente, cada nel mezzo di B ed X, e chiamisi d la differenza che si trova tra il livello dell'acqua interiore al sifone e l'acqua esteriore; lo stesso operisi in seguito in XF, in FM, chiamando la differenza in $XF = d'$, in $FM = d''$. Suppongansi BX, XM, XF tre bocche distinte, e si calcoli separatamente l'una dall'altra la quantità d'acqua che ciascuna dee tramandare, coll'aggiungere ai rispettivi battenti la differenza d, d' d'', che abbiamo trovata col sifone: quindi per la prima bocca BX il battente sarà $b + d$; e chiamando a l'altezza BX, il battente nella bocca FX sarà $b + d' + a$; e nella terza bocca FM il battente sarà $b + d'' + 2a$.

85. Prendasi ad esempio la bocca rettangolare dell'oncia d'acqua milanese: divisane l'altezza in quattro parti, di un'oncia ciascuna, suppongasi che nelle sperienze col sifone siasi trovato $d = 6$ punti; $d' = 5$; $d'' = 4$; $d''' = 2$: noi avremo per la sezione più alta la somma di battenti = onc. 2, p. 6; per la seconda = onc. 3, p. 5; per la terza = onc. 4, p. 4; per la quarta = onc. 5, p. 2. Facendo uso della seconda tavola parabolica, si trova che la quantità d'acqua scaricata dalla prima sezione è = 5,1101; dalla seconda 5,7331; dalla terza 6,5925; dalla quarta 7,1391: onde avremo $q = 24,5749$, quantità maggiore di quel che importa l'oncia d'acqua milanese. Ma se restringeremo la larghezza 3 dell'oncia d'acqua milanese nella ragione di questa quantità d'acqua trovata a quella che è dovuta all'oncia d'acqua milanese, noi avremo compensato tutto l'errore che nasceva dalla declività del letto. Facciasi adunque $24,57 : 23,73 :: 3 : \frac{7119}{2457} = 2,893 = L$.

Bocche rigurgitate.

86. Se il rigurgito fosse cagionato da un'acqua stagnante, esso sarebbe di facilissima supputazione. Sia B M l'altezza della bocca, AB il battente; e l'erogazione si faccia in un'acqua stagnante dell'altezza MX: è evidente che quest'acqua esteriore dell'altezza M X farà equilibrio colla pressione di quell'acqua interiore alla bocca che si trova nella stessa altezza MX. Dunque l'acqua da X fino in M non uscirà che in vigore dell'altezza premente A X, e la velocità dell'acqua per tutto lo spazio X M sarà da rappresentarsi per la costante X Z.

87. E chiamando $BX = a$, $AB = b$, $XM = c$, si avrà $q = {}^2/_3 \left(\overline{b+a}^{3/2} - \overline{b}^{3/2} \right) + \overline{b+a}^{1/2} \,.\, c$. Ora se nell'altezza MX l'acqua non fosse rigurgitata, noi avremmo $q = {}^2/_3 \left(\overline{b+a+c}^{3/2} - b^{3/2} \right)$. Dunque il difetto cagionato dal rigurgito della quantità d'acqua sarà:

$$ {}^2/_3 \left(\overline{b+a+c}^{3/2} - (b+a)^{3/2} \right) - (b+a)^{1/2} \,.\, c. $$

88. Ma d'ordinario il rigurgito non è generato da un'acqua ferma, bensì da un'acqua che si move, e generalmente da quella stessa acqua ch'esce dalla bocca rigurgitata, e che in seguito ritardata dagl'impedimenti che si trovano nel cammino, movesi più lenta dell'acqua che sgorga, e cresce perciò in maggiore altezza: quindi se il canale di derivazione non ha il suo fondo che sia molto sotto al lembo inferiore della bocca, fa uno sforzo contro l'acqua che ne sgorga dalle parti inferiori. Questo sforzo però, che contro la bocca di derivazione si fa dall'acqua inferiore in moto, non potrà mai uguagliare quello sforzo che farebbe se fosse in quiete. Infatti si sa che l'urto tra solidi e solidi è, a parità di circostanze, proporzionale alla differenza delle loro velocità, e che tra fluidi e fluidi è proporzionale al quadrato della stessa differenza; ma la pressione non differisce dall'urto, non essendo quella che un urto continuato. Dunque le sezioni inferiori d'una corrente non eserciteranno contro le sezioni superiori se non un urto, ossia non vi opporranno altra resistenza, se non proporzionale al quadrato della differenza tra la velocità delle superiori e quella delle inferiori: quindi pare evidente che molto male si appongano quelli che non fanno distinzione tra l'acqua che rigurgita in quiete, e quella che rigurgita in moto.

89. A fine di determinare il rigurgito anche in questi casi, che sono i più frequenti, si determini prima, per mezzo di un' esatta livellazione, di quanto il pelo della corrente sormonti il lembo inferiore alla bocca. Il pelo della corrente si deve prendere a poca distanza dalla bocca, cioè a dire là ove si vede terminato quell'ondeggiamento che d'ordinario nasce vicino alle bocche di erogazione; e sia MX l'altezza con cui la corrente sormonta il lembo inferiore della bocca. Si determini in secondo luogo la velocità dell'acqua rigurgitante nell'altezza MX. Se MX, rispetto a tutta l'altezza della corrente, sarà piccola cosa, la velocità in superficie potrà riguardarsi comune a tutta MX; altrimenti converrà determinarla a varie profondità. Qualunque sia l'altezza MX, dicasi v la sua velocità media. In terzo luogo si cerchi la velocità media dell'acqua che sgorgherebbe da MX quando non si avesse alcun rigurgito, e questa velocità media si chiami V. Ma intorno a ciò converrà distinguere due casi: cioè o MX è assai picciola, rispetto a tutta l'altezza premente AM; o non lo è. Cominciamo a supporre MX assai picciola. In questo caso noi potremo supporre che il quadrato della velocità media sia eguale al medio tra i quadrati di quelle velocità che corrispondono ai varii punti tra X ed M; e posto ciò, noi potremo facilmente rinvenire il totale della pressione che la corrente esercita contro l'acqua che sgorga da MX; imperciocchè chiamando V la velocità media che avrebbe l'acqua se liberamente sgorgasse da XM, v la velocità media delle parti superiori della corrente che rigurgitano, p la pressione che l'acqua rigurgitante eserciterebbe ove fosse in quiete, se faremo $V^2 : \overline{V-v}^2 :: p$ al quarto $= p.\frac{\overline{V-v}^2}{V^2}$, questo quarto (n.° 88) ci dinoterà quanto di pressione opponga l'acqua rigurgitante all'altezza MX della bocca.

90. Che se MX non sarà tanto picciola, in confronto di AX, da potersi supporre che il quadrato della velocità media uguagli il medio tra i diversi quadrati delle velocità dell'acqua che liberamente sgorgherebbe da XM, allora per avere la resistenza dell'acqua rigurgitante si proceda col metodo seguente. Si descriva (fig. 2) sul lato AM il triangolo AQM, in cui la base QM ci dinoti la pressione dell'acqua in M corrispondente all'altezza AM: condotte parallele a QM le ordinate FI, PL, XG, queste ne esprimeranno la pressione che soffre l'acqua nei punti F, P, X, e per conseguenza i quadrati delle velocità di quegli spilli d'acqua che spiccierebbero dai punti F, P, X; quindi tutto il trapezio GXMQ ci rappresenterà il piano dei quadrati delle velocità dell'acqua che libera-

mente sgorgherebbe dalla sezione MX posta sotto l'altezza premente AX. Fatto ciò, si determinino col mezzo dell'esperienza le varie velocità della corrente in tutta la profondità XM, che per ipotesi è quella sola che rigurgita; e a tal fine si divida questa profondità in once XP, PF, FM, e si faccia esperienza in ciascuna di queste once; indi si trovi l'altezza che sarebbe necessaria per produrre quella velocità che in ciascuna esperienza ritrovasi; e sia c l'altezza a cui sarebbe dovuta la velocità in XP, c' quella di PF, c'' quella di FM: onde se noi faremo $AM : QM :: c : \frac{c \cdot QM}{AM}$, questo quarto termine ci esprimerà il quadrato della velocità nella corrente in tutta la profondità XP. Dico in tutta la profondità XP, perchè nelle acque correnti (eccettuate quelle parti che sono assai vicine al fondo) la velocità in piccioli intervalli si può supporre costante. Prendendo adunque sopra LP il segmento $Pp = \frac{c \cdot QM}{AM}$, e formato il parallelogrammo Xp, questo ne rappresenterà la somma dei quadrati delle velocità nella corrente in tutta l'altezza XP. Per la stessa ragione avremo $\frac{c' \cdot QM}{AM}$ eguale al quadrato della velocità in tutta l'altezza PF della corrente; e preso il segmento $Ff = \frac{c' \cdot QM}{AM}$, avremo il parallelogrammo Pf, che ci rappresenterà i quadrati delle velocità nella corrente dell'altezza PF, e così $\frac{c'' \cdot QM}{AM}$ sarà il quadrato della velocità in FM; e preso $Mm = \frac{c'' \cdot QM}{AM}$, avremo il rettangolo Fm, che ne esprimerà i quadrati delle velocità da F fino in m. Quindi se noi chiameremo V^2 il trapezio GXPL, V'^2 il trapezio LPFI, V''^2 IFMQ, v^2 il rettangolo Xp, v'^2 il rettangolo Pf, v''^2 il rettangolo Fm, avremo (n.° 89) per il rigurgito cagionato nell'altezza XP l'espressione $p.\frac{\overline{V-v}^2}{V^2}$; in PF avremo $p.\frac{\overline{V'-v'}^2}{V'^2}$; in Fm $p.\frac{\overline{V''-v''}^2}{V''^2}$.

91. Di qui si vede che il caso da noi esaminato nel numero antecedente, comunque più complicato, puossi ridurre al caso semplicissimo esaminato al n.° 89.

92. Prendasi ad esempio l'oncia d'acqua milanese: sarà $BM = 4$, $AB = 2$, e sia $MX = \frac{1}{2}$; la velocità dell'acqua rigurgitante sia in superficie quella che potrebb' essere generata sotto un'altezza premente

$=2$; e questa medesima velocità (per essere $MX = \frac{1}{2}$) si manterrà nell'acqua rigurgitante la stessa per tutta la profondità MX. Per questa medesima ragione poi, che è $MX = \frac{1}{2}$, si potrà supporre che nella bocca di erogazione BM il quadrato della velocità media in FM sia il medio tra i quadrati di quelle velocità che avrebbono gli spilli d'acqua che spicciano dai diversi punti di FM: chiamando $AX = b$, $XM = a$, e la velocità media $= V$, avremo (n.° 49) $V = 2/3 \left(\frac{\overline{a+b}^{3/2} - b^{3/2}}{a}\right)$ $= 2/3 \left(\frac{6^{3/2} - (5.1/2)^{3/2}}{1/2}\right) = 2,3977$. La velocità dell'acqua rigurgitante, che è v, sarà $= \sqrt{2} = 1,4142$: onde $\overline{V - v}^2 = 0,9673$; onde la resistenza dell'acqua rigurgitante $= \frac{p \, . \, \overline{V - v}^2}{V^2} = \frac{p \, . \, 0,9673}{5,749} = p \, . \, 0,1682$.
Da ciò si vede che nell'esempio proposto la resistenza dell'acqua rigurgitante è poco più d'un sesto di quello che si avrebbe ove l'acqua rigurgitante fosse in quiete.

93. Per determinare poi quanto la resistenza trovata cagioni difetto nella quantità d'acqua, sull'asse AN (fig. 6) col parametro $p = 1$ si descriva la parabola AZR; e presa $AM = 6$, $AX = 5.\frac{1}{2}$, si guidino le ordinate MP, XZ; indi si produca XA fino in A', per modo che sia $XA : XA' :: 1 - 0,1682 : 1 :: 8318 : 10000$; e col parametro $p' = 0,8318$ si descriva la parabola $A'ZR'$: questa dovrà tagliare in qualche punto Z (avendo un parametro minore) l'altra parabola AZR, il qual punto Z corrisponderà precisamente per mezzo dell'ortogonale ZX all'ascissa $AX = 5.\frac{1}{2}$; imperciocchè essendo l'ordinata XZ comune ad ambedue le parabole, avremo $p \, . \, XA = p' . \, XA'$: onde $p : p' :: XA' : XA$; ma $p : p' : 10000 : 8318$. Dunque anche $XA' : XA :: 10000 : 8318$. Ma prendendo $XA = 5.\frac{1}{2}$, è per costruzione $XA' : XA :: 10000 : 8318$; e questa proporzione non può aver luogo in verun altro punto X: dunque al punto Z dell'intersecazione corrisponde l'ascissa $AX = 5.\frac{1}{2}$. Supponghiamo pertanto che l'acqua premente in luogo di giungere soltanto in A ascenda fino in A'; ma che per contrario in luogo d'avere la sua solita gravità specifica g, abbia una gravità specifica $= g \, . \, 0,8318$: noi avremo alla profondità X la stessa pressione, e quindi la stessa velocità, tanto dall'acqua nell'altezza XA, quanto da quella nell'altezza XA'; la pressione poi per tutto lo spazio XM (nell'ipotesi della gravità specifica g, $0,8318$) uguaglierebbe la differenza che

passa tra la sua pressione nell'ipotesi ordinaria sotto l'altezza A X, e la resistenza già calcolata dell'acqua rigurgitante. Dunque il piano delle velocità in XM, ossia la quantità d'acqua che tramezzo al rigurgito sgorgherebbe da XM, sarebbe da esprimersi per il trapezio parabolico MXZP'; e la differenza che si avrebbe nella quantità d'acqua a cagione del rigurgito, sarebbe da esprimersi per il triangolo mistilineo ZPP', moltiplicato però per la larghezza della bocca.

94. Nelle già supposte dimensioni rintracciamo il valore di questo triangolo mistilineo. Essendo $AX = 5.\frac{1}{2}$, l'area parabolica AZX sarà $= \frac{2}{5}. 12{,}8987$; l'area $APM = \frac{2}{5}. 14{,}6970$: onde $XZPM = \frac{2}{5}. 1{,}7983$. Avendo poi fatto (n.° 93) $XA' : XA :: 10000 : 8318$, avremo $XA' = 6{,}6121$; onde $A'ZX = \frac{2}{5}. 15{,}5067$: avremo anche $A'M = 7{,}1121$, ed $A'P'M: = \frac{2}{5}. 17{,}2980$, ed $XZP'M = \frac{2}{5}. 1{,}7913$; e quindi il triangolo mistilineo $PZP' = \frac{2}{5}. 0{,}007$, che moltiplicato nella larghezza 3 della bocca, fornisce di prodotto 0,014, che sarà tutto il difetto cagionato dal rigurgito nella quantità relativa dell'oncia d'acqua milanese.

95. E non faccia meraviglia che nel caso da noi preso qui sopra in considerazione il difetto nella quantità d'acqua siasi trovato tanto picciola cosa. Imperciocchè supponghiamo che l'acqua rigurgitante, in luogo d'essere in moto, fosse in quiete (nel qual caso il rigurgito avrebbe il suo valore massimo): quale finalmente sarebbe tutto il difetto da lui cagionato nelle quantità d'acqua? Condotta da Z sopra M P la perpendicolare Zp, esso sarebbe il prodotto della larghezza 3 nel triangolo mistilineo pZD, prodotto anch'esso sicuramente assai picciolo. Quanto più picciolo adunque non dovrà essere ove l'acqua rigurgitante abbia un movimento che cospira con quello dell'acqua che sgorga?

96. Dunque infino a tanto che nell'acqua rigurgitante avremo un'altezza che sia molto picciola, per rispetto a quella che preme nella bocca d'erogazione, il difetto che ne deriverà per l'erogazione non potrà essere che assai picciolo: al crescère però l'altezza nell'acqua rigurgitante crescerà il difetto; e crescerà in una ragione assai maggiore di quello che cresca la detta altezza. Imperciocchè, fatta l'altezza $Mx = 2MX$, il difetto nella quantità d'acqua crescerà in ragione di $pZP : qzP$, cioè ascenderà ad un valore non solo molto maggiore del duplo, ma molto maggiore del triplo.

TAVOLA

delle principali misure lineari della Repubblica Italiana riportate al metro

BRACCIO		Braccio in misura italiana		Metro in misura del rispettivo paese	
		metri	atomi	braccia	milles.
Bergamo	Da panno	0,659	32	1,516	71
	Da fabbrica.	0,531	41	1,881	77
Bologna	. . . .	0,640	04	1,565	41
Brescia	Da panno.	0,674	12	1,483	41
	Da seta e tela. . . .	0,640	38	1,561	57
Carrara	Braccio	0,619	73	1,613	62
	Canna per legnami .	0,624	55	1,601	16
	Palmo per marmi. . .	0,249	27	4,011	76
Cento	. . . .	0,637	63	1,568	31
Cervia	Piede da legno. . . .	0,346	19	2,888	63
	Braccio	0,666	55	1,500	26
Cesena	Da tela	0,702	36	1,423	78
	Da lana e seta. . . .	0,619	73	1,613	62
Chiavenna	Da seta	0,527	20	1,896	82
	Lungo.	0,670	85	1,490	64
Como	Come Milano.	. . .	.	. . .	.
Crema	. . . .	0,670	16	1,492	17
Cremona	Come Milano.	. . .	.	. . .	.
Faenza	Da panno.	0,638	66	1,565	77
	Da tele nostrali . . .	0,719	74	1,389	39
Ferrara	Da panno e tela. . .	0,673	61	1,484	54
	Da seta	0,634	36	1,576	40
Forlì	Da panno.	0,621	96	1,607	81
	Da tele nostrali . . .	0,737	30	1,356	30
Imola	. . . .	0,639	35	1,564	09
Lodi	Come Milano.	. . .	.	. . .	.
Lugo	. . . .	0,637	97	1,567	47
Mantova	Come Lugo.	. . .	.	. . .	.
Milano	. . . .	0,594	94	1,680	85
Modena	. . . .	0,633	15	1,579	40
Novara	Da panno.	0,668	79	1,495	24
	Da seta	0,524	18	1,907	73

		Braccio in misura italiana		Metro in misura del rispettivo paese	
BRACCIO		metri	atomi	braccia	milles.
Novara	Da fustagno	0,593	22	1,585	73
	Da legname.	0,606	21	1,649	59
Pavia	Come Milano.	. . .	.	. . .	.
Ravenna	Da panno.	0,643	14	1,554	88
	Da legname.	0,347	56	2,877	18
Reggio	Da mercante	0,641	07	1,559	89
	Da legno	0,530	21	1,886	05
Rimini	. . . .	0,631	43	1,583	70
Rovigo	Da panno	0,669	82	1,492	94
	Da seta	0,632	81	1,580	26
Sondrio	Lungo.	0,671	71	1,488	73
	Corto	0,530	55	1,884	82
	Da legname	0,507	49	1,970	50
Valcamonica	Da panno.	0,682	56	1,465	08
	Da seta	0,641	07	1,559	89
Valsesia	Lungo.	0,793	25	1,260	64
	Corto	0,594	94	0,680	85
Verona	Lungo.	0,648	99	1,540	86
	Corto	0,642	45	1,556	54
Vigevano	Da panno.	0,668	10	1,496	78
	Da seta.	0,528	14	1,893	42
	Da legname.	0,599	07	1,669	26
Firenze	Da panno.	0,583	03	1,715	18
Genova	Palmo.	0,249	10	4,014	53
Londra	Auna	1,143	00	0,874	89
Napoli	Canne.	1,096	12	0,477	07
Parigi	Auna	1,191	19	0,839	50
	Metro	1		1	
Parma	Braccio da panno . .	1,643	14	1,554	88
	Da seta.	0,587	71	1,701	92
	Da legname.	0,544	60	1,836	20
Roma	Canna da mercante .	1,991	90	0,502	03
	Palmo.	0,223	40	4,476	23
Torino	Raso.	0,599	30	1,668	61
Venezia	Braccia lungo. . . .	0,679	27	1,472	16
	Corto	0,637	63	1,568	31

MISURE LINEARI DEI TERRENI.

		PIEDE diviso in parti	Piede in misura italiana metri	atomi	Metro in misura del rispettivo paese piedi	milles.
Bergamo		12	0,437	7672	2,284	3192
Bologna		12	0,380	0983	2,630	8985
Brescia		12	0,470	9914	2,123	1812
Carrara		12	0,293	3367	3,409	0515
Cento		12	0,396	4522	2,522	3725
Cervia		10	0,649	3346	1,540	0381
Cesena		10	0,538	4726	1,857	1048
Chiavenna		12	0,527	1970	1,896	8242
Como		12	0,451	2190	2,216	2187
Crema		12	0,469	7863	2,128	6272
Cremona		12	0,483	5389	2,068	0860
Faenza		10	0,479	7708	2,084	3286
Ferrara		12	0,403	8544	2,476	1397
Forlì		10	0,488	2060	2,048	3159
Imola		10	0,439	6608	2,274	4807
Lodi		12	0,455	3324	2,196	1976
Lugo		10	0,410	0519	2,438	7170
Mantova		12	0,466	8598	2,141	9704
Milano		12	0,435	1850	2,297	8733
Modena		12	0,523	0483	1,911	8693
Novara		12	0,470	9467	2,123	3824
Pavia		12	0,471	9541	2,118	8502
Ravenna		10	0,584	6077	1,710	5488
Reggio		12	0,530	8981	1,883	6005
Rimini		10	0,542	9483	1,841	7958
Rovigo		12	0,384	2298	2,602	6092
Sondrio		12	0,446	2023	2,241	1357
Valcamonica		12	0,476	3279	2,099	3942
Valsesia come Milano e come Novara.						
Verona		12	0,342	9148	2,916	1766
Vigevano		12	0,462	3841	2,162	7043
Firenze	Braccio	20	0,583	0281	1,715	1831
Genova	Palmo	12	0,249	0952	4,014	5293
Londra	Piede	12	0,304	7989	3,280	8517
Napoli	Palmo	12	0,262	0146	3,816	5814
Parigi	Piede	12	0,324	8394	3,078	4440
	Metro	10	1		1	
Parma	Piede	12	0,544	6698	1,835	9745
Roma	Palmo	12	0,223	4023	4,476	2296
Torino	Piede	12	0,513	6836	1,946	7234
Venezia	Piede	12	0,347	3977	2,878	5451

LIBRO III.

DEI MODI STABILITI DALLE ULTIME LEGISLAZIONI, ONDE ACQUISTARE LA RAGIONE DELL' ACQUEDOTTO.

CAPO I.

Avvertenze perpetue per ben applicare e supplire alla legislazione attuale in questa materia.

§ 657. È noto che l'arte deve essere preceduta dalla scienza, e diretta dalla scienza; ma dall'altra parte è certo che la scienza versa sulle verità di fatto, le quali esprimono i dati onde comprendere i mezzi e i limiti posti all'esercizio dell'arte. Lo *scopo* della *scienza* consiste nel *conoscere;* quello dell'*arte* nell'*operare* (1). La ragione *direttiva* versa sul-

---

(1) Che cosa è l'Arte? Molti uomini stimabilissimi si sono imbarazzati nel darne la filosofica definizione. Dopo una lunga ed accurata analisi delle idee, e delle applicazioni di questa parola; dopo un ponderato esame della realtà degli effetti, quale a noi consta; mi pare che l'*arte* si possa considerare in *atto,* in *potenza*, in *ammaestramento*. Considerata in atto (locchè propriamente appellasi *arte*) parmi che si possa definire = una direzione delle cose e delle forze della natura, preordinata dalla mente ed eseguita dall'energia dell'uomo, in quanto produce un dato effetto propostosi dall'uomo come fine o intento. =

Se poi consideriamo l'*arte* in *potenza,* essa viene promiscuamente denominata anche *perizia, abilità,* ec. In questo senso si può dire esser ella = la forza, o quel complesso di forze e di rapporti reali, in virtù dei quali l'uomo è *capace* di produrre un effetto prima inteso e voluto, il quale nel dato caso non sarebbe stato veramente prodotto dalla natura sola senza l'intervento dell'uomo. =

Finalmente se consideriamo l'*arte* in *ammaestramento,* essa abbraccia tanto le *regole,* quanto gli *esercizii di prova*. Disciplina è il nome col quale si suole designar l'*arte* considerata sotto questo aspetto. = La regola è l'espressione di quegli atti della potenza umana che sono necessarii ad ottenere un dato intento. = Dicesi *l'espressione,* per dinotare che colla regola si parla realmente alla *mente* umana, la quale, mediante l'espressione di quegli atti, possa dirigere la potenza esecutrice piuttosto in una che in altra maniera. *Regolare* e *dirigere* si prendono come sinonimi. L'*arte,* in quanto è dedotta a cognizione dell'uomo, può appellarsi una *regola,* o un complesso di regole.

Gli esercizii per *apprendere* formano in sostanza una parziale educazione. Questa nel senso più universale si può definire = la direzione attiva dei poteri di un vivente, onde fargli contrarre certe abitudini, e renderlo idoneo a certe funzioni. = Questa dunque costituisce essenzialmente un'*arte,* che dà l'essere a tutte le arti esteriori. *Conoscere, volere* e *potere esecutivo* (cioè tutto l'uomo) viene atteggiato colla disciplina.

Si parla del magistero dell'*arte,* che si suole denominare anche metodo. Allora noi consideriamo l'*arte* come un *ente morale* esistente per sè, al quale diamo un'esistenza

l'*operare*, ed insegna il modo di operare conforme ai rapporti del Diritto. Ma come operare, se non si conoscono gli oggetti? come operare, se non si conoscono i mezzi e i limiti dell'opera stessa da eseguirsi?

§ 658. Ecco il perchè nel Libro antecedente furono esposte le cose in esso contenute. Nella Sezione I. furono segnate le parti, le nozioni massime e i limiti della ragione direttiva delle acque, tali e quali vennero fissati dalle diverse legislazioni cui dobbiamo consultare. Nella Sezione II. poi fu contemplato il complesso fisico delle parti dell'acquedotto, e descritto nelle sue diverse circostanze. Finalmente si avvertì alle cautele necessarie nella presa di un'acqua. Così ogni lettore può rettamente intendere le particolarità sulle quali le leggi hanno statuito, e conoscere le circostanze interessanti che possono essere prese di mira in tutta la *condotta* delle acque.

§ 659. Tutto ciò serve di *preliminare* tanto alla dottrina teorica, quanto alle quistioni pratiche di questo Trattato. Ora ci rimane a vedere per quali modi e per quali titoli si possano *esercitare* gli atti particolari, con cui si *acquista* la ragione di un'acqua. Io avverto che questi servono tanto per l'acquisizione d'una *presa* d'acqua, quanto per l'acquisizione del diritto di *condurla* per il fondo altrui. Noi trattiamo del *privato* acquedotto, nel quale intendiamo comprendere anche l'acqua presa da una pubblica corrente: sì perchè quest'acqua viene presa da un privato e serve ad usi privati, e sì perchè nella dispensa dell'acqua disponibile ad usi privati un pubblico qualunque non riveste che diritti privati, e deve andar soggetto alle leggi direttive delle private contrattazioni. Un Demanio adunque che ne piacesse considerare come proprietario di queste acque, e qualunque Ufficio che lo rappresenta o agisce per lui, quando non ami usare violenze, deve sottostare a tutte le leggi di Diritto civile privato ogni volta ch'egli abbia a fronte un privato padrone e possessore, il quale o asserisca o contraddica una servitù, o mova qualsiasi altra pretesa.

§ 660. Quello che appellasi *alto dominio dello Stato* non è diritto di proprietà, ma semplice diritto di far contribuire i cittadini ai bisogni della pubblica azienda per difendere le vite e le fortune dei cittadini. È

propria. Ma questo *magistero* veramente non è altro che = il complesso di tutti quegli atti i quali sono necessarii a conseguire un dato intento preconosciuto e preordinato dall'uomo = o, per dirlo più brevemente, = il complesso di tutti quegli *atti* che sono necessarii ad effettuar l'*arte*. =

Tutto ciò che si riferisce alla *pratica* abbisogna di *arte*. Le *arti morali* sono le più difficili, perchè si deve tener conto tanto delle leggi della natura esteriore, quanto di quelle dell'umanità, per sè suscettibile di milioni di forme di agire, e capace di progredire col tempo. Voler apprendere o discorrere di arti morali senza filosofia, è lo stesso che volere scorrere un laberinto senza il lume.

vero che il diritto di testare è di ragione pubblica, e la facoltà che esercitano i testatori è una delegazione della pubblica autorità; talchè verissimo è il testo romano: *testamenti factio non privati, sed publici juris est*. Ma egli è vero del pari che questo diritto sociale non è di devoluzione di proprietà allo Stato, ma di sola aggiudicazione ad uno più che ad altro successore. « Sopra beni resi vacanti colla morte del pro» prietario non vedesi dapprima altro diritto propriamente detto, che » quello dello Stato. Ma guardiamoci da un errore, perocchè questo di» ritto non è nè può essere un diritto di eredità in favore dello Stato, » ma bensì un semplice diritto d'ordine pubblico e di semplice dire» zione. Il diritto di succedere ai privati patrimonii non potè mai far parte » delle prerogative annesse alla pubblica podestà; e si può vedere nella » Vita di Agricola, scritta da Tacito, quanto furono maledetti sempre » come tiranni quegli Imperatori romani che i privati erano obbligati di » instituire eredi d'una parte del patrimonio che veniva loro lasciato, per » impegnarli a non usurparne l'altra parte. Lo Stato dunque non succe» de; e non ha altro diritto, che quello di regolare l'ordine delle suc» cessioni » (1).

§ 661. Questa dottrina non è altro che una emanazione della legge fondamentale costituente della civile società, in forza della quale la proprietà risiede essenzialmente presso i membri dell'aggregazione; e l'esercizio della medesima dovendo essere regolato giusta i principii di comune equità, pace, concordia e tutela, si deve necessariamente instituire un'autorità centrale, la quale provvegga a tale scambievole esercizio. Da questo stesso principio emana la distinzione dei beni, e quindi delle acque pubbliche dalle private; e per nostra buona sorte la legge vigente e l'anteriore sono concordi tanto nella massima, quanto sui segnali onde distinguere le une dalle altre (2).

---

(1) Discorso della Commissione compilatrice del Codice Napoleone.

(2) Veggasi ciò che ne fu detto nei primi dodici Capi del Libro I. dell'antecedente Parte. Per conferma soggiungo qui il § 407 del Codice civile universale austriaco.

« Se in mezzo di un'acqua si forma un'iso» la, i proprietarii dei fondi situati sulle due » rive lungo essa hanno l'esclusivo diritto di » occuparla in due parti eguali, e di divider» la fra loro in proporzione della lunghezza » dei loro fondi. Se l'isola si formi più dap» presso dell'una o dell'altra riva, vi ha dirit» to soltanto il proprietario della riva più vi» cina. Le isole formate nei *fiumi navigabili* » sono riservate allo *Stato*. »

Con questo testo, dedotto ed avvalorato dalla ragione pubblica, abbiamo una conferma positiva, precisa e categorica della induzione da noi fatta nel Capo II. dello stesso Libro. Se dalla semplice enunziativa del § 287 dello stesso Codice non appariva espressamente essere state ritenute come pubbliche le sole acque dei fiumi e delle riviere *navi-*

§ 662. Riconfermato così il criterio fondamentale, per mezzo del quale si distinguono le acque pubbliche dalle private, e concentrato il Diritto pubblico alla sola destinazione ed all'uso della navigazione, ne segue che tutto il rimanente va soggetto ai rapporti ed alle regole della ragione privata, sia quanto all'attribuzione della proprietà, sia quanto all'uso innocuo, sia finalmente quanto alla tutela di dette acque contro le ingiurie. Che se nel conflitto delle diverse ragioni o nell'abuso della forza dei particolari devesi frapporre la pubblica autorità, allora il suo intervento è della stessa natura di quella dei Tribunali di giustizia in tutte le liti private. Atti di *tutela* e non di *dominio* sono questi, nei quali qualunque magistratura anche politica pone per prima inviolabile condizione di riservare i diritti di proprietà a chi spettano, abborrendo altamente dal praticare avocazioni o aggiudicazioni indebite.

§ 663. Ma questi diritti di proprietà dovendosi esercitare su fondi contigui, e fra possessori collegati tra loro con vincoli di vicendevoli beneficii e servigi, esigono necessariamente un *temperamento* all'idea smodata d'un astratto dominio, nel quale si prescinde dalla convivenza degli uomini, dalla contiguità dei beni, e dalla comunicazione necessaria delle acque che la natura compartì alla terra, ed a tutti i viventi nella medesima. Se l'opera di questi temperamenti è cosa sociale o di ragione civile, essa dall'altra parte non può essere che l'opera di buone leggi. La negligenza su questo punto formerebbe una deplorabile lacuna fatale al comune riposo e ad una provvida civile economia.

§ 664. Ciò riguarda ogni specie di ufficii prediali, e soprattutto l'uso delle acque. Per moderare le pretese fiscali basta un po' di coscienza (1); ma per ostare alle usurpazioni private si esige molta previdenza. Arduo non è il provvedere, quando si abbia il senso comune di rispettare le

---

gabili, questa qualificazione apparisce manifestamente ed energicamente dalla disposizione del § 407 ora recato. È per sè noto che l'alveo segue la natura dell'acqua, come l'acqua segue la natura dell'alveo. Dunque se viene dichiarata di ragione privata ogni isola che non sorge in un fiume navigabile, e per lo contrario vengono ritenute come riservate allo Stato quelle sole che sono formate nei fiumi navigabili; egli è per sè manifesto essere senso del legislatore di riguardare come pubbliche soltanto le correnti navigabili, e nulla più.

(1) « Tantundem (diceva Giustiniano) nobis superest clementiae, quod scientes etiam » fiscum nostrum ultimum ad caducorum vin» dicationem vocari, tamen nec illi peperci» mus, nec augustum privilegium exercemus, » sed quod commüniter omnibus prodest hoc » rei privatae nostrae utilitati praeferendum » esse censemus, nostrum esse proprium subje» ctorum commodum imperialiter existiman» tes. » (Leg. unica Cod. *De caducis tollendis.*) Capitolino nella Vita di Antonino filosofo dice che questo imperatore « Fisco in » causis compendii nunquam judicans favit. » (*Scriptores Historiae Augustae,* Vol. I. p. 60. Biponti, ex typographia Societatis, 1787.)

instituzioni consacrate dal tempo, e necessitate dall'esperienza. Non tutto quello che fu adottato nelle passate età è da rigettarsi come anticaglia corrosa da vetustà. Il tempo non corrode se non ciò ch'è forzato e fattizio, e non ciò ch'è fondato sui bisogni costanti e sempre rinascenti nelle umane aggregazioni. Quindi i regolamenti e gli statuti risguardanti la ragione direttiva delle acque nei rapporti della reciproca conservazione, tutela ed uso innocuo, si debbono considerare come altrettante parti integranti del Diritto civile sulle acque, attesochè senza di ciò converrebbe accapigliarsi eternamente coi vicini, o molestare eternamente i Tribunali a tener sempre in moto la forza armata per reprimere le risse e gli attentati particolari.

§ 665. Così se le controversie debbono ultimarsi col ricorso alla ragione giudiziale (1), questa ragione si presenta da sè stessa nell'eredità dei nostri maggiori, canonizzata dall'autorità dell'esempio, ed avvalorata dalla necessità stessa delle cose. Sia pur vero che il giudice od il magistrato non debba riconoscerla come legge positiva espressa: egli sarà almeno autorizzato a farla valere come dettame di ragione sussidiaria pubblica e privata, indotto dalla forza delle cose e degli uomini conviventi. È certo da una parte che conviene ad ogni modo provvedere. Qual miglior mezzo vi può essere di quello che viene ora suggerito? E qui debbo avvertire quanto stolido sia l'argomento che circola nel volgo forense in proposito del silenzio solo della legge in fatto di servitù. Dicesi che il Codice non provvide su quel particolare: dunque è lecito far tutto ciò ch'esso non ha vietato.

§ 666. Prima di tutto rispondo, che il mondo di cui mi parlate non viene ora alla luce, e che la massima parte dei fondi sono affetti da rapporti contrattuali e legali anteriormente quesiti, e i cui diritti furono espressamente mantenuti dalla Patente posta in fronte al Codice. In secondo luogo rispondo, che il vostro argomento prova troppo, e perciò non prova nulla. Imperocchè col vostro argomento escludereste il ricorso autorizzato alla *ragione giudiziaria* ed alle *provvidenze autorevoli*, dalle quali appunto viene annullata la licenza da voi dedotta dal silenzio della legge. Forsechè pel motivo che la legge tace, dovete permettere che i vicini vengano alle mani, o non provveggano ai loro diritti anteriormente posseduti? Forsechè, costruendo io un canale, il mio vicino avrà diritto di rubarmi l'acqua? Forsechè i provvedimenti, una volta giusti e necessarii, si dovranno gettare al fuoco per richiamare turbo-

---

(1) Vedi l'Introduzione a questa Parte, e il § 7 del Codice civile universale austriaco.

lenze intestine? Ciò non è ancor tutto. Il Codice si rimette ai regolamenti politici, i quali riguardano appunto l'esercizio dei diritti privati. Questo supplemento viene autorizzato o comandato appunto ad oggetto di regolare l'esercizio dei diritti attribuiti. Ma ciò che caratterizza un regolamento amministrativo o politico non è il nome o il luogo materiale nel quale sta scritto, ma bensì la natura dell'oggetto sul quale si aggira. Tutti i nostri vecchi statuti sono pieni di siffatti regolamenti politici. Direte voi dunque che tutte le disposizioni statuarie siano di stretto *Diritto civile privato*, perchè gli statuti si considerano come altrettanti Codici civili? Direte voi almeno, che tutte le ordinanze economiche o politiche non derogate o non rifuse da nuovi regolamenti, e che l'uso conservò in osservanza, siano abolite? Ecco ciò che un savio giureconsulto non ardirebbe pronunziare. Ma se dall'altra parte è vero che il Codice universale civile lascia in tutto il loro vigore i politici regolamenti vigenti, e compatibili col suo testo; se questo Codice raccomanda di supplire al silenzio della legge stessa strettamente civile col ricorso alla ragione naturale; come mai dal silenzio della legge potreste dedurre la licenza da voi figurata? Questi politici regolamenti che cosa sono realmente, fuorchè le regole positive onde talvolta dirigere il *modo* di esercitare i diritti fra i privati, e talvolta contemperarne, limitarne o modificarne la sfera in vista della *politica utilità*, ossia in conseguenza della *comune* e civile utilità e libertà? Che cosa è questa *ragione sussidiaria?* È forse la ragione dello stato selvaggio, o la ragione di uno stato isolato o marmoreo; o non piuttosto la ragione *necessaria*, vivente, pieghevole e progressiva della civile aggregazione (1)? Invece di calunniare la legislazione, studiate i supplementi ai quali essa stessa si rimette, e voi provvederete così alle occorrenze civili ed alla vostra stessa dottrina. So che questo importa tempo, fatica e combinazione; ma so dall'altra parte che *vigilantibus, non dormientibus, jura succurrunt.*

§ 667. Voi mi domanderete per quali caratteri si distingua una legge civile da un politico regolamento. Essi, vi rispondo, si distinguono dagli oggetti sui quali statuiscono. L'autorità legislativa parla essa di facoltà comprese nella *padronanza privata*, e ne sanziona il reciproco esercizio a norma dei rapporti della scambievole uguaglianza? Allora è legge di diritto privato schietto, qualunque sia la funzione tutelare aggiunta dal legislatore: la *funzione* sarà d'*ordine pubblico*, ma l'*oggetto* è per

(1) Vedi il n.° V. dell' Introduzione alla Parte II.

sè *privato*. L'autorità legislativa regola essa il *modo comune di esercitare* questo diritto *in vista dell' interesse sociale?* o ai privati conferisce diritti *non inchiusi* nella naturale individuale padronanza, ossia ne determina l'azione *oltre* i limiti della reciproca eguaglianza? Allora è regolamento politico, o altrimenti detto amministrativo. Questa distinzione, che viene côlta dall' intelletto, non esige che in pratica la parte giuridica vada *disgiunta* dalla regolamentare, ma al giureconsulto ed al magistrato serve di criterio per misurare l'azione delle leggi *attributive* e *direttive*.

§ 668. Questo criterio è sanzionato dal testo medesimo del Codice austriaco attuale. Leggete la definizione del *Diritto civile*, ponderatene i termini, penetratene la forza, e troverete il criterio che domandate. « Il » complesso delle leggi che determinano i *privati* diritti e gli obblighi degli » abitanti dello Stato *fra loro*, ne costituisce il *Diritto civile*, » dice il § 1. Badate bene alle qualificazioni qui inserite. Un cittadino sostiene contemporaneamente moltiplici rapporti, sia collo Stato; sia co' suoi simili, presi come socii; sia con ognuno, preso come individuo. Egli riveste pure prerogative tanto originarie quanto acquisite, e quindi ha diritti nativi e dativi. In questo ammasso, in questo complesso, qual'è la sfera fissata al civile Diritto? Il complesso dei *privati diritti* rispettivi. Qui dunque si tratta dei *nativi*, e non dei *dativi*; degli *originarii*, e non dei *partecipati* dalla pubblica autorità.

§ 669. Ecco un esempio. I vecchi statuti prescrissero che il padrone di un fondo vicino ad un altro, nel quale esiste un fontanile, non possa aprire un suo fontanile che ad una data distanza. Nel Diritto privato voi non trovate certamente il fondamento di tale precetto: dunque questo è un regolamento politico. Ma con esso non si colpisce forse l'esercizio di quella privata autorità fra eguali, che viene contemplata come oggetto proprio del Diritto civile privato? L'autorità d'*impedire* uno scavo più vicino non è forse tutta *politica?*

§ 670. Si avrebbe torto, se si supponesse che i politici regolamenti versino soltanto sull'annona, sulle strade, sulla pubblica tranquillità, sui tributi, sulle leve, ec. Come vi sono e vi possono essere regolamenti politici di *ragione civica* e di *Stato*, così vi sono e vi possono essere politici regolamenti di sola *ragione civile*. Il regolamento giudiziario, per esempio, è regolamento essenzialmente politico. La parte giuridica o di diritto, che per lui deve essere inviolabile, cónsiste nel rispettare i diritti risguardanti il *titolo*, l'*azione* e il *genere* delle prove irrevocabilmente quesiti dall'atto dedotto in giudizio.

§ 671. Fra i *modi diversi* coi quali si può fra cittadini esercitare i diritti di proprietà, è assolutamente necessario prefinirne qualcuno. Questa prefinizione spetta esclusivamente alla pubblica autorità, perchè un privato non ha diritto di comandare all'altro. Tale prefinizione poi dovendo essere fatta soltanto in vista del pareggiamento delle utilità, mediante l'inviolato esercizio della *comune libertà di uomini collegati in civile unione*, ecco per ciò stesso il carattere di *politico*. *Politico* è sinonimo di cosa risguardante la *civile aggregazione*. Questo senso derivò a noi dagli antichi.

§ 672. Passo ora a dar ragione di questo Libro. È noto ad ognuno che nell'argomento dell'acquisizione delle servitù conviene contemplare l'azione del *tempo*, giusta le norme stabilite dai legislatori. Ecco quindi la ragione direttiva risguardante le usucapioni e le prescrizioni almeno dei fondi e delle servitù. Ma dall'altra parte, leggendo i dettati anche d'insigni scrittori, ho trovato confusioni e discordie segnalatissime nei punti cardinali (1). Da che derivò questa confusione e questa insistenza di dispareri? Certamente dal non avere ben inteso lo spirito filosofico e positivo della materia. Ma dall'altra parte poteva io commettere all'azzardo la sorte di tanti possessi o giustamente aggravati, o ingiustamente usurpati? Non mai. Dunque io era in necessità di preparare le mie dottrine in una maniera definitiva e dimostrata; altrimenti doveva accusare me stesso di non aver fatto nulla. Ecco perchè, mio malgrado, ho divisato d'incominciare coll'esporre di proposito la dottrina fondamentale della prescrizione secondo le tre legislazioni, romana, francese ed austriaca.

(1) Veggasi quanto da una parte scrissero Balbo *De Praescr.* Parte II. Quest. 2. n.° 1. Covaruvies, *Variar. Resol.* I. Cap. XVII. n.° 7. Costal *in leg.* 10. Dig. *Si servitus vindicetur.* Castil. *Tractat. de usufructu*, Capo LXVIII. n.° 16. Fackineo, *Controvers.* 7. *Contr.* 22. Donello 18. Com. 12. Veggasi quanto scrissero in contrario Hotomanno 8, *Observat.* 13. Cobasio *ad leg. Servitutes* 14. n.° 31. Dig. *De Servitut.* Revard *ad legem Scriboniam*, Cap. VII. Si vegga ciò che viene esposto nel Cap. IX. di questo Libro.

SEZIONE I.

Del diuturno possesso, considerato come modo di acquisizione, secondo le diverse legislazioni, colla sua applicazione all'acquedotto.

CAPO II.

Indole ed effetti generali della prescrizione (1).

§ 673. In tutte le legislazioni la PRESCRIZIONE a causa di lasso di tempo (*temporalis praescriptio*) fu sempre stabilita come mezzo che fiancheggia l' *acquisizione* di un civile diritto, e produce la *liberazione* da una *obbligazione civile*. Dico *un civile diritto* e *una civile obbligazione*, per dinotare che in ultima analisi l' *effetto* vero della prescrizione si risolve soltanto nell' *attribuire* o nel *negare* l'AZIONE GIUDIZIARIA a qualche cosa, e non nel conferire o nel togliere un *intrinseco* diritto. Quest' ultima funzione è così al di sopra d'ogni umana potenza, com' è al di sopra di lei l'aggiungere un digito alla statura dell' uomo, e il cangiare i rapporti reali stabiliti dalla natura. Fingete diffatti il seguente esempio. Pietro ricevette in prestito da Paolo cento lire, da restituirsi dentro un mese. Scorre questo mese, e più ancora. Pietro allora domanda ad un dottore s'egli sia sciolto dall'obbligo della restituzione. Il dottore risponde: oggi *no*, domani *sì*. Perchè ciò? Perchè oggi non è domani, e domani non è oggi. Bella ragione per togliere i diritti e liberare dalle obbligazioni! Forsechè col domani si distrugge il fatto del prestito? forsechè col domani si cangiano i rapporti *reali* stabiliti tra me e Paolo? forsechè i diritti e i doveri sfumano per evaporazione? — Non è per questo, risponde il dottore; ma perchè, se Paolo si presenta oggi al giu-

(1) Sono già alcuni secoli che presso gli scrittori italiani, anche non forensi, fu espresso il diverso senso della parola *prescrizione*. Dante e Petrarca l' hanno usata tanto in senso di *imporre un comando*, quanto nel senso di *por limite* fisso all'azione fisica di qualche cosa. In quest'ultimo senso il Petrarca disse: « Se l'onorata fronda, che *prescrive* - L' ira » del Ciel quando il gran Giove tuona. » Fu del pari usata nel senso di *acquistar dominio* per mezzo di diuturno possesso, come ne veggiamo esempii sì in un vecchio commentatore di Dante, come nell'*Ercolano* del Varchi. « *Prescrivere* (dice il primo) non è altro che » aver prima ragione per quantità di tempo; » siccome diciamo d' uno che ha tenuto una » possessione a buona fede vent'anni: quegli » ha prescritto cotal possessione, che nulla li » va opposto, o domandato niente. » Quanto al Varchi, troviamo il seguente passo: « E se » dicessero d'averla *prescritta* o *usucatta* col- » la lunghezza del tempo, cioè *fattala loro* » col possederla lungamente, in tal caso che direste voi? »

dice, questi ti condanna a pagare; e se si presenta domani, ti assolve. — Quando la cosa sia così, voi non mi dovete più dire che la mia obbligazione sia *estinta*, ma bensì che non viene data mano a Paolo per farsi pagare da me. Allora capisco che vi possono essere motivi onde usare questo contegno, malgrado i rapporti reali esistenti fra Paolo e me; allora veggo che può stare l'obbligo mio naturale col divieto di rendere ragione a Paolo. Chi comanda è padrone di assistere o non assistere chi crede meglio. Allora almeno non veggo cose incompatibili; allora non sento più l'assurdo in termini, che col decorso di un dato tempo si estingua una reale obbligazione contratta (1).

§ 674. Con questo esempio parmi d'aver posto in chiaro l'*unico* effetto *possibile* della prescrizione. Diffatti nessuna legislazione ragionevole ha mai preteso di più, sebbene siasi espressa con locuzioni che parevano suonare altrimenti. Ne volete voi una prova? Eccola. In tutte le legislazioni, se taluno, dopo compiuta la prescrizione, paga un debito già prescritto, si ritiene aver egli *ben pagato* (2). Dunque se costui, pentito, si avvisasse di *ripetere* il pagato a titolo d'*indebito*, egli sarebbe giustamente respinto. Dunque per ciò stesso da tutte le legislazioni viene riconosciuto, che se dopo compiuta la prescrizione manca l'*azione civile* ad esigere il debito prescritto, non rimane però tolta la *causa* ossia il titolo naturale a *ritenere* il posteriore pagamento, quando sia fatto spontaneamente. Ma questa ritenzione non sarebbe tutelata dalla legge, se fosse ingiusta o senza causa. Dunque la legge stessa riconosce che, anche scorso il tempo a prescrivere, questa causa sussiste (3).

§ 675. Preparata così la vera intelligenza della cosa, possiamo formarci un'idea della *prescrizione*. Io assumo qui questo nome come indicante il *mezzo* impiegato dall'autorità civile tanto per sanzionare una acquisizione, quanto per non dare ascolto ad una domanda avente un

---

(1) Togliere l'effetto *civile*, e non il *naturale*, era principio della romana giurisprudenza in materia di prescrizione. « Praescriptionis effectus est quod jure romano naturalem obligationem *extra* omnem *juris effectum* constituat licet eam *non tollat*, ipso jure » dice il Voet *ad Pandect.*, Lib. XLIV. Tit. III. n.° 10.

(2) « Non potrà tuttavia *ripetersi* ciò che sarà stato pagato per un debito estinto in forza di *prescrizione* » (Codice civile austriaco, § 1432). « La ripetizione non è ammessa riguardo alle obbligazioni *naturali* che si sono volontariamente soddisfatte » (Codice Napoleone, art. 1235).

(3) Un credito per una causa non munita d'azione civile, ma fondato sulla ragione *naturale*, se non apporta al creditore il diritto di domandarne la soddisfazione avanti ai Tribunali, ciò non ostante, se viene pagato dal debitore spontaneamente, somministra la ragione civile di *ritenere* ciò che fu spontaneamente pagato. Veggansi le leggi 26. 51. Digest. *De conditione indebiti*. Così tutte tre le legislazioni, romana, francese ed austriaca, vanno d'accordo.

titolo per sè valido (1). Credo adunque che la *prescrizione*, nel suo più *ampio* senso usato da diverse legislazioni, si possa definire = quell'azione dell'autorità legislativa, colla quale, poste certe condizioni, ella attribuisce o toglie, dopo il lasso di un dato tempo, la facoltà di far valere in giudizio una data ragione. =

§ 676. Qui non mi arresterò a svolgere i termini di questa definizione, sì perchè è agevole coglierne la forza in vista di tutto quello che qui fu esposto, e sì perchè dovremo occuparcene in appresso. Invece fo osservare, che nella supposizione di fatto della prescrizione si figurano sempre almeno due persone: la prima che aspira ad acquistare un diritto civilmente esercibile, e la seconda che può opporsi; la prima che può avere interesse ad essere liberata da un obbligo, e la seconda che tiene in mano la causa di quest'obbligo, e quindi il titolo d'un diritto esercibile contro dell'obbligato. Posta questa supposizione o ipotesi perpetua di fatto, la *prescrizione* può partorire ad un solo tratto *effetti* contrarii, e sotto quest'aspetto ricevere per lo meno tre *speciali qualificazioni*, per cui sorge: 1.° la *prescrizione placitante*; 2.° la *prescrizione dispensante*, 3.° la *prescrizione coibente.*

« La *prescrizione placitante* non è altro che una dichiarazione gua-
» rentita dall'autorità legislativa di riconoscere come valida l'acquisizio-
» ne d'una data cosa, avvalorata con atti possessorii esercitati per un
» dato tempo colle condizioni prefinite dalla legge. La *prescrizione dis-*
» *pensante* è l'atto della legge, col quale una persona civilmente obbli-
» gata a qualche cosa dopo un certo tempo viene abilitata a non soggia-
» cere più all'azione giudiziale che potevasi esercitare contro di lei. Per
» ultimo la *prescrizione coibente* non è altro che un divieto guarentito
» dalla legge di porre ad esecuzione coattiva un dato diritto non eserci-
» tato dentro un dato tempo prefinito dal legislatore. »

(1) Facile riesce affrontare la quistione, nella quale si tratta di sapere se la *prescrizione* si possa dire di *diritto naturale*. Intendiamoci prima di tutto nei termini, e ditemi che cosa intendiate sotto il nome di *diritto naturale*. Se sotto questo nome intendete comprendere solamente quelle leggi di ragione, nelle quali si assumono in considerazione i rapporti dell'*individuale* uguaglianza e libertà, e che però sono *comuni* fra gl'individui e le nazioni; in questo caso rispondo, che dire che la *prescrizione* sia cosa di *diritto naturale*, è asserire un *assurdo in termini*. Se poi sotto il nome di *diritto naturale* comprendete le leggi risultanti da *tutti i rapporti reali necessarii* della specie umana, nei quali sono comprese le circostanze costanti e variabili, ma *necessarie*, dello stato *sociale*; allora concederò che la *prescrizione* è di *necessità naturale*, come sono tutte le leggi necessarie e le veramente sociali instituzioni.

Senza una tale distinzione tutti i ragionamenti che venissero fatti su questo punto riescirebbero assurdi, meschini, e, quel ch'è peggio, oltraggianti ogni buona ragione giuridica e morale.

La *coibente* e la *dispensante* sono *correlative*. Quella riguarda il creditore, questa il debitore: posta l'una, s' intende anche l' altra.

§ 677. Queste tre definizioni non indicano tre *specie* diverse e distinte di *prescrizione*, ma unicamente tre *funzioni*, le quali possono essere esercitate ad un solo tratto collo stesso atto legislativo. Supponiamo diffatti che il legislatore contempli un possessore pretendente coi dovuti modi ad una proprietà, il quale sia giunto alla fine del tempo stabilito. Ecco il discorso che gli tiene il legislatore: « Ora a me pare di aver ragione di riguardarti come proprietario incommutabile del bene per tanto tempo così posseduto da te: in conseguenza ti *abilito* ad esercitare » i diritti che competono a siffatti proprietarii (ecco la funzione *placitante*). Parimente dichiaro, che quand'anche taluno mostrasse di avere » avuto prima ragioni di censurare il tuo possesso, tu sarai dispensato » da ogni responsabilità, e ne saranno sanati i difetti, semprechè nel resto tu abbia agito come io ordinai (ecco la funzione *dispensante*). Finalmente dichiaro a tutti gli aventi pretese, che *non darò ascolto* alle » loro querele, e li *respingerò* anche con condanna a spese ed interessi, » semprechè tu abbia nel tempo trascorso agito nel modo da me ordinato, e semprechè il tempo stabilito sia trascorso. Quindi *vieto* che si » facciano *valere* titoli di contraria proprietà, onde privarti delle attribuzioni riconosciute (ecco la funzione *coibente*). »

§ 678. Nel caso qui figurato ognun vede che la *prescrizione placitante* non è veramente che *sussidiaria* al diritto presunto consensuale; mentre negli altri due casi riesce *principale*, *imperativa* ed *operante* principalmente in vista della ragione sociale. È vero che questa ragione sociale opera anche nella *placitante* col sanare *certi* difetti d'un lungo possesso; ma ivi opera soltanto *sussidiariamente*. Dalle quali considerazioni risulta, che la natura *perimente* e *politica* della vera *prescrizione* è sempre la stessa, sia che agisca sola, sia che agisca collegata, sia che intervenga come principale, sia che intervenga come sussidiaria.

Nella *sussidiaria* agisce come *scudo* per proteggere una particolare acquisizione; nella *principale* agisce come *guardia di sicurezza* per tranquillare i possessi di tutti, a spese di qualche neghittoso. La *sussidiaria* interviene tanto nelle acquisizioni *assolute*, quanto nelle *usucatte*. Nelle prime agisce *subito dopo* finito il contratto: allora si verifica la *prescrizione perpetua*. Nelle seconde non agisce che dopo trascorso un certo tempo: allora si verifica la *temporanea*. In sostanza però l'operazione è la medesima, perocchè l' ufficio di ogni *prescrizione* consiste nel *respingere* le molestie che vengono intentate contro di un cittadino.

Nell'acquisizione *assoluta* ella difende subito un acquisitore per un titolo *vero;* nella *usucatta* lo difende dopo un certo tempo per un titolo *riputato tale.* L'usucapione è un' *imagine legale* dell'acquisizione assoluta. Al *titolo* stabilito col padrone putativo viene attribuita la stessa funzione. La buona fede è una *conseguenza* identica. Essa esprime la stessa coscienza dell'acquirente che acquista il dominio da uno non padrone. Il tempo è un campo dato al vero padrone a difendersi, ed a ricuperare il suo.

§ 679. In tutto questo l'azione *repellente* giuridica non entra per nulla: essa è una *conseguenza* dell'azione acquisita legittimamente. Dunque la *prescrizione placitante* è cosa puramente *conseguente* ed *accessoria.*

Dunque se si volesse ragionare con precisione, converrebbe intitolare le cose diversamente. Il modo col quale si può far agire il tempo negli atti sociali avrebbe ad essere il concetto che si dovrebbe esprimere. Quindi la rubrica del titolo potrebbe essere: DELLE AZIONI ED ECCEZIONI RISGUARDANTI I POSSESSI E LE RAGIONI DEI BENI D'OGNI SORTA, DERIVANTI DAL LASSO DEL TEMPO.

Come per legge si faccia agire in via *principale*, e come in via *sussidiaria*, avrebbe ad essere stabilito in questo titolo. Qui non si dovrebbero mai perdere di vista le tre dette funzioni.

Queste tre funzioni in ogni Codice non sono *conseguenti* al fatto *reale*, ma sono *antecedenti* a questo fatto, e quindi conseguenti soltanto ad una *ipotesi figurata* dal legislatore. Dunque in atto pratico rimane a verificare il fatto reale, e quindi in caso di controversia si deve far giudicare il caso seguíto. A che dunque si riduce la cosa? Essa si riduce al punto di non attribuire nè punto nè poco alle date di tempo l'autorità della *cosa giudicata* e passata in giudicato, ma solamente di munire un possessore de' titoli pei quali egli possa godere delle guarentigie promesse dal legislatore. Ma con ciò non si esclude nè punto nè poco la *verificazione* giudiziaria di questi titoli. Io non dico per ciò che sia necessario d'invocare l'autorità giudiziaria per godere degli effetti della *prescrizione;* ma voglio dire soltanto, non essere tolto agli avente interesse di chiamare a sindacato gli atti possessorii esercitati dal possessore, onde verificare se siano stati praticati nel modo inteso dalla legge.

Dunque la *prescrizione* di un possesso non è eccezione che impedisca l'ingresso della lite, e precluda l'adito ad ogni discussione, come l'eccezione della cosa giudicata e passata in giudicato; in breve, non è eccezione *perentoria*, ma *eccezione di merito*, la quale cade in discussione.

§ 680. Premesse queste considerazioni, domando in primo luogo come nel Diritto romano venga definita la *prescrizione*. Prima di tutto avverto, che nel Diritto romano essendo stata distinta la *usucapione* dalla *prescrizione*, dapprincipio sotto quest'ultima non venne compresa che la funzione *dispensante* e *coibente*, della quale ora abbiamo parlato. Ristretto così il concetto, fo osservare che nel Diritto romano primitivo la *prescrizione*, di cui parliamo, fu denominata anche *exceptio temporis* (1). Col nome di *eccezione* s'indica la *forza* o la *funzione* colla quale si *respinge un'azione civile* intentata contro alcuno. Tal è il concetto espresso colla parola *exceptio*, e promiscuamente colla parola *praescriptio* (2). Perlochè l'*exceptio temporis* di Ulpiano si potrebbe dire essere la *ripulsa di un'azione civile fatta a causa del tempo*. Con ciò si esprime in *sostanza* la funzione propria della prescrizione operante in *via principale*.

§ 681. In secondo luogo domando come venga definita la *prescrizione* dal Codice Napoleone: Ecco. « La *prescrizione* è un mezzo per ac» quistare un diritto, o per essere liberato da un'obbligazione mediante » il decorso d'un determinato tempo, e sotto le condizioni stabilite dalla » legge (art. 2219). » Tanto la *prescrizione placitante*, quanto la *dispensante* e la *coibente*, tanto la *principale*, quanto la *sussidiaria*, qui sono comprese sotto la stessa definizione.

§ 682. Finalmente domando in terzo luogo, che cosa sia stato espresso dal Codice austriaco. Questo, a somiglianza del Diritto romano, ha distinto la *prescrizione* dalla *usucapione*. La prima fu definita: = La *prescrizione* è la perdita di un diritto non esercitato entro un certo tempo stabilito dalla legge = (art. 1451).

La seconda fu definita: = Allorchè il diritto prescritto in forza di possesso legale si trasferisce nello stesso tempo in altri, il diritto dicesi

(1) Ulpiano chiamò la prescrizione di lungo tempo *exceptionem longae possessionis*. Leg. 5. Dig. *De divers. temporib.* Parimente fu detto: « Praescriptionemque et exce» ptionem temporis pro eodem nostri dicunt.» Veggansi le leggi 1. e 5. Digest. *Si libertas ingen.* Leg. penult. Cod. *De praescriptione triginta annorum.*

(2) *Praescribere excipere* significat.
Leg. ult. Dig. *De suspectis tutoribus.*
Leg. 35. § *Cajus de leg.* Lib. II.
Leg. 1. § ult. Dig. *Ne de statu defunct.*
Leg. 12. leg. ult. Dig. *De judic.*
Sic accusatori praescribere in leg. 3. Dig. *De praevaricat.* est opposita exceptione accusantem summovere et repellere.
Inde praescriptio *nihil aliud est, quam* exceptio.
Leg. 9. Dig. *De transact.*
Leg. 50. § 1. et § ult. Dig. *De judic.*
Leg. 12. § 1. Dig. *De inoffic. testamento.*
Leg. 13. Dig. *De legationibus et alibi.*
Brissonio, *De verborum significatione*, Lib. XIV. verb. *Praescribere.*
Vedi il Voet *ad Pandectas*, Lib. XLIV. Tit. III. n.° 1.

acquisito per usucapione, e il modo di acquistare chiamasi *usucapione* = (art. 1452).

La perdita del diritto, accennata dai due Codici, devesi intendere essere la perdita dell'*azione civile*, come sopra fu dimostrato, anche in conseguenza del disposto dall'articolo 1432 del Codice austriaco.

§ 683. La nozione qui espressa del Codice austriaco è identica a quella del Diritto romano. « Usucapio (dice Ulpiano) est adjectio domi» nii per continuationem possessionis temporis lege definiti » (1). Il suo nome deriva da *usucapere*, cioè pigliare o impadronirsi d'una cosa coll'uso. Gli antichi (come nota il Pothier ed altri) usavano promiscuamente le parole *usus* e *possessio* per dinotare la medesima cosa.

§ 684. L'*interruzione* dell'uso e del possesso veniva designata col nome di *usurpazione*. « Usurpatio (dice la legge) est usucapionis inter» ruptio (2). » Presso noi la parola *usurpazione* esprime un senso ben diverso, come ognun sa. Appropriarsi una cosa o un diritto altrui in maniera illegittima, ecco l'idea della usurpazione da noi intesa. Ma coll'interrompere il possesso altrui non sempre si usurpa, anzi molte volte si rivendica il proprio diritto.

§ 685. Guardiamoci dal pensare che la *usucapione* sia un *colpo di mano* fatto sulla roba altrui, il quale colla diuturna detenzione venga legittimato. Ben al contrario dispongono le leggi. Nella sua origine si esige un atto contrattuale, col quale si trasmette il possesso. Nel suo corso e nel suo fine si esige almeno un tacito presunto consenso del vero padrone abilitato a contraddire. Sviluppiamo e dimostriamo tutto questo in via sì d'autorità che di ragione.

§ 686. La *prescrizione* onde acquistare un diritto irrevocabile s'induce col possesso. Il possesso, del quale siamo solleciti, non è il fatto della materiale *detenzione*, ma è quel fatto che serve di *mezzo* ad acquistare, sia il dominio civile dell'acqua, sia l'uso irrefragabile della condotta e di ogni altra funzione di un'acqua.

Questo fatto divien *mezzo* di acquisizione allorchè, posta la prescrittibilità delle cose e l'abilità delle persone, si può, almeno per *presunzione*, far equivalere il fatto di questo possesso ad una *stipulazione* ed *accettazione libera*. Esso poi si può far equivalere ad una *stipulazione* ed *accettazione libera*, allorchè il possessore domanda a persona che *può* contraddire, che voglia concedergli di rendersi *padrone* di una data cosa. Quando la stipulazione è *espressa*, ciò si fa per via di *trattati*;

---

(1) Leg. 3. Dig. *De usucap. et usurp.* — (2) Leg. 2. Dig. eod. titulo.

quando è *tacita*, si fa per via di *atti* ripetuti, palesi, e non soverchianti di possesso. Con questi atti il possessore domanda ogni volta al padrone, o a chi egli crede tale: *mi accordi tu d'impadronirmi di questo bene?* Se dopo interrogazioni così ripetute per molti anni la persona interessata, e che può liberamente contraddire, *non contraddice*, in tal caso il trattato è finito, e la cessione del bene è presuntivamente fatta irrevocabilmente.

§ 687. Ma questa presunta *stipulazione* e quindi questo possesso: 1.° deve cadere sopra un *bene prescrittibile;* 2.° passare fra *persone* aventi il *libero esercizio* delle loro facoltà naturali e civili; 3.° avere per oggetto l'acquisto della *padronanza*, altrimenti il fatto del possesso non è più *mezzo* onde acquistare la proprietà, quand'anche fosse prolungato per mille anni senza contraddizione.

§ 688. Un bene non è *prescrittibile* o attesa la sua natura, o atteso il divieto della legge. Sotto il nome di *bene* si comprende qualunque cosa materiale o qualunque atto interessante un terzo. *Prescrittibile* significa *suscettibile* d'essere appropriato per via di legale possesso canonizzato col tempo. I beni dunque per sè *non suscettibili* di questo possesso sono per sè esclusi dalla civile prescrizione. Tali sono le servitù di puro divieto, comunque importanti per un terzo, le quali possono bensì essere accordate con un atto espresso, ma non mai acquisite per possesso. I beni non prescrittibili per *divieto* di legge sono quelli che furono sottratti al *privato* commercio. Tali sono quelli di destinazione e di uso veramente pubblico (1).

---

(1) Secondo il primo Diritto romano, le cose per legge non prescrittibili, ossia incapaci d'essere assoggettate a privato dominio, furono annoverate dal G. C. Gajo colle seguenti parole: « Usucapionem recipiunt *ma-* » *xime* res corporales; *exceptis* rebus sacris, » sanctis, publicis populi romani et civitatum, » item liberis hominibus. » (Leg. 9. Dig. *De usurp. et usucap.*) Qui fu detto che le cose *soprattutto* corporali possono essere usucatte. Si domanda forse la ragione di questa restrizione? Perchè per regola le cose *incorporali*, sebbene non suscettibili di essere possedute materialmente, e quindi usucatte (Leg. 43. § 1. Dig. *De adquir. rerum dominio*), ciò non ostante ad *alcune* di esse fu applicata l'usucapione. Tali furono appunto le *servitù prediali*. « Cum tamen prudentes usum in » servitutibus pro ficta quadam possessione » acciperent, quamdam etiam servitutum usu- » capionem excogitaverunt. Hinc factum est, » ut servitutes non quidem ex natura sua, » aut ex lege XII Tabularum, quae de his » tacuerat, sed fictionis auxilio, et ex jure » quod auctoritas prudentum constituerat, » usucapi possent. Unde Aggenus Urbicus ad » Frontonem: *Iter capitur usu, quod in usu* » *biennio fuit* » (Pothier *ad Pand.* Lib. XLI. Tit. III. Sect. II. Art. I. § VII.) Ciò era perfettamente conforme alla usucapione dei beni stabili, i quali, secondo le leggi delle XII Tavole, venivano usucatti col biennio. Usus auctoritas fundi biennio: caeterarum rerum annus usus esto. Qui *auctoritas* significa *proprium sui ipsius*, e però indica la forza del biennale possesso a canonizzare la proprietà, semprechè concorrano le altre condizioni richieste.

§ 689. Quanto alla *capacità personale*, sia propria, sia rappresentata, e quanto allo *scopo della padronanza*, non abbisognano altre spiegazioni. Soggiungerò solamente, che *per quanto lunga* sia la durata del possesso stabilita per prescrivere, sarà eternamente vero che le condizioni della *prescrittibilità* dei beni, della *capacità legale* delle persone, della *mira* ad acquistare il dominio in chi possiede, e della *facoltà* in altri a contraddire, congiunta col fatto dell'*acquiescenza* loro al possesso altrui, sono così indispensabili per prescrivere, che mancando o tutte o una sola di esse, non vi ha più *prescrizione*. La legge non lega le mani o chiude la bocca a chi non vuole, ma a chi vuole o si può presumere di volerlo, perocchè lascia campo di protestare e di agire in contrario per un tempo assai lungo.

Questo tempo dunque non si fa agire *per sè solo*, onde imporre perpetuo silenzio, ma si fa agire *poste* le *condizioni* suddette. Dunque quando leggiamo le risolute espressioni di Giustiniano, colle quali dopo il lassò di lunghissimo tempo impone silenzio a *tutta sorta* di pretese, non dobbiamo supporre che intimi il suo divieto a chi non potè difendersi, ed a chi mostra, sia una cosa imprescrittibile, sia che la causa pretèsa in contrario non importava lo spoglio del diritto; ma dobbiamo pensare che diresse questo divieto solamente alle persone che potevano difendersi, e parlò di diritti che si potevano trasmettere, e che altri ebbe in animo di acquistare. Durante il corso di trent'anni ognuno capace e non impedito può certamente agire o per riscuotere un credito, o per difendere uno stabile possesso.

§ 690. E qui io debbo chiarire il seguente passo di Voet: « Jure civili ad longissimi temporis triginta vel quadraginta annorum praescriptionem neque *justus titulus* concurrere debuit, neque *bona fides*, sed *solius* temporis praestituti lapsus suffecit. » Io accordo la prima parte di questa tesi (cioè che qui non sia necessario giusto titolo, nè buona fede); ma quanto alla seconda, colla quale si dice che il *solo* lasso del tempo basti, rispondo con distinzione: questo *lasso* si prende o in senso *materiale*, o in senso *legale*. Se in senso *materiale*, nego ch'egli basti per dare o togliere un dato diritto o una data azione civile; se poi si assume in senso *legale*, concedo ch'egli possa produrre quest'effetto. Col senso *materiale* intendo dinotare il nudo fatto del decorso del tempo, senz'avere riguardo alla prescrittibilità o imprescrittibilità della cosa, e alla potenza o impotenza a interrompere la prescrizione. Col senso *legale* poi intendo dinotare un corso di tempo, nel quale siasi verificata tanto la prescrittibilità della cosa, quanto la facoltà naturale e civile del-

l'interruzione. Questa distinzione non abbisogna di dimostrazione, dopo che da tutti fu riconosciuto esistere diritti imprescrittibili, e che *ignoranti et non volenti agere non currit praescriptio.*

§ 691. Quanto poi all'annotazione della niuna necessità del giusto titolo e della buona fede, debbo far avvertire che in fatto di prescrizione è cosa del tutto fuori di proposito il parlare di giusto titolo e di buona fede. Qui non si tratta di prescrizione *sussidiaria*, ma *principale;* qui non si tratta di usucapione, ma d'imposizione di silenzio anche d'un'azione per sè certa ed irrefragabile per naturale diritto; qui la legge non *soccorre* l'azione dell'uomo, ma all'opposto pone fine alla trascuranza di lui. Quando la legge dice: tu, scorso tanto tempo, non potrai più esigere il credito che potevi esigere pel corso di tanti anni; tu non potrai ricuperare la proprietà che potevi difendere o ricuperare in tanti anni; a che pensare al giusto titolo o alla buona fede del debitore o possessore? a che pensare ad oggetti del tutto impertinenti e del tutto incompatibili colla funzione praticata dalla legge?

§ 692. Questo modo di parlare non può derivare che dalla inavvertenza pur troppo facile di scambiare l'*usucapione* colla *prescrizione*, o d'innestare questa su quella. Leviamoci fuor di capo questi modi riprovati sì dalla ragione che dalla legge. Pensiamo che la funzione dell'*usucapione* è precisamente inversa di quella *principale* e *propria prescrizione*. Pensiamo che queste operazioni della legge sono indipendenti l'una dall'altra; che ognuna sta da sè; che in ognuna il primo e l'ultimo istante si uniscono coi requisiti loro proprii, onde operare o un'attribuzione o una liberazione. Non è vero che finita l'*usucapione*, incominci la *prescrizione;* non è vero che l'una si possa convertire nell'altra. La *prescrizione* può operare in *difetto* dell'*usucapione;* ma può operare soltanto in forza de' suoi proprii requisiti, e incominciando a contare il tempo dal primo istante della *frustranea usucapione*. Ma una *frustranea usucapione* è un assurdo in termini; perchè l'*usucapione* diventa tale appunto unicamente per il suo *pieno effetto*. Senza di ciò essa non presenta che un *possesso di fatto*, e nulla più. Dalle quali cose sorge il seguente dilemma: o voi figurate l'*usucapione* nata, o no. Se è nata, non occorre più *prescrizione;* anzi è assurdo figurare il bisogno della *prescrizione*, perchè converrebbe o negare che l'*usucapione* esista, o disfare ciò che fu fatto. Se poi considerate l'*usucapione non nata*, allora è assurdo figurare che la *prescrizione* sia la *continuazione* di una cosa che non esiste; e più ancora è illegale voler intrudere nella *prescrizione* i requisiti impertinenti ed incompatibili dell'*usucapione*.

Riteniamo dunque: 1.° che la *prescrizione principale* rigetta come incompatibili il giusto titolo e la buona fede richiesti nell'usucapione; 2.° ch'essa non opera col nudo fatto del corso del tempo, qualunque sia il diritto di cui si tratti, e qualunque sia la condizione della persona contro cui si prescrive; ma bensì soltanto nel supposto di un oggetto prescrittibile, e della potenza ad interrompere il corso perimente del tempo. Senza di ciò essa sarebbe una pura ed iniqua soperchieria. Ridotte le cose a questo punto, troviamo che colla *prescrizione principale* la legge non chiude la bocca nè lega le mani a nessuno, ma opera solo per la comune sicurezza, allorchè chi poteva parlare ed agire per trent'anni non ha voluto parlare ed agire. « Contra desides homines et sui juris » contemptores odiosae exceptiones oppositae sunt, » disse a questo proposito Giustiniano (4. ult. Cod. *De annali praescript.*).

CAPO III.

Della usucapione in particolare. Suo stato ultimo nel Diritto romano.

§ 693. Richiamati sommariamente questi principii dimostrati e sanzionati dalle leggi, si domanda in quale maniera in Roma si fece agire il possesso come *mezzo* di acquisizione. Rispondo, che l'*usucapione* si fece lunga pezza camminare con periodi così corti, che rompevano facilmente il collo alla proprietà, e con una spinta così risoluta, che nemmeno colla citazione e colla sola contestazione della lite si poteva arrestarla. È vero che si esigeva per parte dell'acquirente: 1.° ch'egli si appoggiasse ad una *giusta causa;* 2.° che credesse di possedere giustamente, e lo pretendesse a titolo di proprietà; 3.° che la cosa fosse *suscettibile di privato commercio;* 4.° che il possesso fosse *effettivo;* 5.° che finalmente questo possesso fosse *continuato*, sia per l'insistenza del possidente, sia per quella degli aventi causa da lui. Egli è pur vero che colla *contestazione della lite* si poneva il possessore in *mala fede*, e però sembrava che per la lite si potesse arrestare l'usucapione; ma ciò riusciva vano, perocchè era stato fissato il principio, che essendosi *incominciato* a possedere con buona fede, si poteva usucapire malgrado che, prima di compiere il tempo, fosse sopravvenuta la mala fede. Che cosa dunque rimaneva per difendere i proprii beni, altro che una lite portata sino alla fine, o l'uso della forza privata per ricuperare i proprii diritti?

§ 694. Questa patrizia giurisprudenza fu a due riprese riformata da Giustiniano. Egli cominciò a correggere il primo inconveniente dell'an-

gustia del tempo, prolungando i termini dell'usucapione; corresse poi il secondo inconveniente della spinta troppo risoluta, dichiarando che si potesse arrestare mediante una contraddizione legalmente comprovata. Con questa riforma, come ognun vede, non furono cangiate le condizioni *costituenti* l'usucapione testè ricordate, ma furono solamente contemperate coi riguardi dovuti alla padronanza legittima; perocchè il *tempo* più lungo a usucapire non tocca la *sostanza*, e la facoltà d'interromperne il corso con un mezzo più agevole di prima non riguarda che l'*opposizione*.

§ 695. Per la qual cosa l'usucapione e la prescrizione rimasero affatto *distinte*, dimodochè è necessario il ben discernerne le differenze. Queste differenze debbono essere rilevate, sia fra tutte specie di usucapione da una parte, e tutta la prescrizione dall'altra; sia fra usucapione ed usucapione. Incominciando da quest'ultima, e distinguendo l'usucapione delle cose *mobili* da quella delle *immobili* ed *immobiliari*, è necessario per l'oggetto del presente Trattato insistere su quest'ultima. Colle cose *immobili* ognuno sa dinotarsi i beni stabili, come le terre, le case, ec.; colle cose *immobiliari* ognuno intende dinotarsi l'uso o l'esercizio d'una facoltà utile sopra un bene immobiliare. Tali sono precipuamente le *servitù prediali*. Ora dovendo noi restringerci a queste, si domanda quale nell'*ultimo stato* della romana giurisprudenza fosse la differenza che passava fra i requisiti dell'usucapione dei *beni stabili*, e quelli dell'usucapione delle *servitù prediali*.

§ 696. A questa domanda viene soddisfatto esaminando i cinque requisiti dell'usucapione dei beni testè annoverati, e riportandoli alle acquisizioni contrattuali delle servitù prediali. Che cosa risulta da questo paragone? Che il *justus titulus* e la *bona fides* dell'usucapione dei beni sono compresi sotto altro aspetto nell'usucapione delle servitù; che il *non clam*, *non vi*, *non precario* si dee verificare al cospetto del vero padrone del fondo serviente. Distinguiamo l'atto celebrato col *vero* padrone dall'atto celebrato col *putativo*. Posto il primo, non si dà usucapione: essa non si può dare che col secondo. Ma posto un padrone putativo ed uno vero, nascono rapporti giuridici con amendue: dunque si debbono valutare tutti. Quindi poniamo a confronto l'usucapione dei beni e quella delle servitù. Che cosa rileviamo noi esaminando l'intima natura delle cose?

Nell'usucapione dei beni si tratta dell'acquisto della *proprietà stessa di quel bene*, e nella usucapione della servitù si tratta solamente dell'acquisto di *un dato diritto* sul fondo altrui. Ciò posto, è evidente che

nell'usucapione dei beni la proprietà si considera *trasportata* nell'usucapiente; per lo contrario nell'usucapione della servitù la proprietà si considera risiedere presso il padrone del fondo serviente. Ora, posto questo stato di cose, e poichè si vuole ottenere un giusto possesso almeno presuntivamente, si doveva richiedere che l'acquirente del bene avesse una *causa legittima* del suo possesso. Ora l'origine del dominio non può essere che *primitiva* o *derivativa.* La *primitiva* viene fatta o per l'occupazione d'un bene vacante, o per le accessioni conosciute dal Diritto; la *derivativa* poi non può esser fatta che col *giusto trapasso* del dominio dall'uno all'altro possessore. Quanto al dominio *primitivo*, esso non può formare oggetto di usucapione, perocchè dal momento nel quale è acquistato, diviene per sè stesso irrevocabile, nè abbisogna del magistero del tempo per essere convalidato. Quanto poi al dominio *derivativo*, esso può essere ugualmente acquistato in una maniera pronta, definitiva e perentoria di qualunque contraria eccezione, allorchè venga trasmesso per una vera e legittima convenzione dal *vero* e *legittimo* padrone. Si badi bene alle due qualificazioni di *vero* e *legittimo*. Quando queste si verifichino in fatto, non v'ha dubbio che il dominio è acquistato sul fatto e senza eccezione. Ma negli affari umani può accadere che la trasmissione non derivi dal vero e legittimo padrone, ma bensì da un altro, il quale può essere, secondo le apparenze, *riputato* vero e legittimo. Nel commercio fra uomo e uomo, nel quale è forza agire a norma dell'*estrinseca apparenza* delle cose, non a norma dell'*intrinseca verità* delle medesime, era bisogno che la legge provvedesse a tutti quei casi, ne'quali la trasmissione del dominio poteva venir fatta da un padrone meramente *putativo*, anzichè da un vero e legittimo (1). Questa provvidenza consiste appunto nell'usucapione dei beni.

§ 697. Questa usucapione, come ognun vede, si estende a tutti quanti i modi contrattuali coi quali si può far passare il dominio di una cosa

(1) Si noti bene la distinzione fra l'*errore di diritto* e l'*errore di fatto*. Coll'errore di diritto si *esclude* la possibilità dell'usucapione, nè si può sanare il vizio; per lo contrario coll'errore di fatto scusabile si può effettuare l'usucapione. « Ubi justissima subest » errandi causa, magis est ut ex titulo qui » *credebatur* subesse, licet *vere* non subsit, » usucapio sequatur. » Leg. *Quod vulgo* 11. Dig. *Pro emptore*. Leg. *Non solum* 33. § *Quod vulgo in med.* Dig. *De usurp. et usucap.* In generale per altro il titolo deve *in fatto* esistere, come si vede dalla legge *Celsus* 27. Dig. *De usurpat. et usucap.* § *Error autem* 11. *Inst.* eodem tit. Leg. *Nec petentem* 5. Cod. *De longi temporis praescript.* 10 *vel* 20 *annor*. La conclusione dunque si è, che se *di fatto esiste*, o per una *fondata credenza si reputa esistere* un giusto titolo, può sorgere l'usucapione. Ma quanto al *diritto*, l'opinione o la credenza non tiene luogo di verità. L'*errore di diritto* preclude ogni adito alla

dall'uno all'altro possessore. Dunque tutto il sistema di que' contratti e di que' modi coi quali si trasferisce la proprietà si può considerare parallelo a tutto il sistema delle usucapioni. Il primo sistema si considera per sè *reale*, e conforme allo stato di vero fatto delle cose; il secondo poi si considera *putativo*, e fondato sulla verità estrinseca, ma rivocabile, delle contrattazioni. Così esistono contrattazioni sul *vero*, e contrattazioni sul *riputato*.

Posta questa idea, ognun vede che la *buona fede* ed il *giusto titolo* sono per sè stessi inseparabili dalla usucapione dei beni; perocchè il *giusto titolo* altro non significa che la padronanza vera o creduta tale dell'autore, accoppiata alla causa giusta della trasmissione del dominio (1). La *buona fede* poi non è altro che la credenza dell'acquirente di aver ricevuto il dominio da un vero e legittimo padrone, e quindi la persuasione di essere egli stesso divenuto egualmente vero e legittimo possessore (2).

§ 698. Ma se le cose sono così, egli è per sè manifesto che queste circostanze non si potevano nè si potranno verificare che per un solo lato nell'acquisizione d'una servitù. Diffatti in essa non si tratta di acquistare la *proprietà* del bene assoggettato a servitù, ma bensì la sola *facoltà* di esercitare un atto di dominio sopra il medesimo bene. Forse si dirà che anche nella servitù si può esigere che il dominante pensi e creda che il serviente sia *padrone* del fondo sul quale viene imposta la servitù, e però ch'egli nutrisca almeno la *buona fede* di usare e quindi d'avere acquistato il diritto da un vero e legittimo padrone. In questo caso adunque, se l'acquirente la servitù viene dispensato dal dimostrare la *causa* del dominio altrui sul fondo soggetto, pare ch'egli debba almeno nutrire la *credenza* di avere acquistata la servitù attiva da una per-

---

usucapione. Ciò consta dalle seguenti leggi. Leg. *Nunquam* 31. Dig. *De usurp. et usucap.* Leg. *Pro emptore* 2. § *Si a pupillo* 15. Dig. *Pro emptore*. Leg. *Legis Juliae* 4. Cod. *Qui bonis cedere possint*. Leg. *Juris ignorantiam* 4. Leg. *Juris ignorantia* 7. Dig. *De juris et facti ignorantia*. Vedi Voet *ad Pandectas*, Lib. XLI. Tit. III.

(1) « Justus titulus est causa habilis ad dominium transferendum, ut emptio, donatio, etc. Sic ex quibus causis, tradente vero domino, transiret dominium; ex eisdem tradente *non* domino procedat *usucapio*.... Titulus autem hunc oportet esse *verum*; cum falsa causa non pariat usucapionem... nisi sit *justissimus error* facti, quo quis lapsus titulum intervenisse credidit, qui tamen revera non intervenit. » Voet colle leggi *ad Pandectas*, Lib. XLI. Tit. III. n.° 4.

(2) « Bona fides est illaesa conscientia putantis rem suam esse; dum credit eum a quo nactus est possessionem fuisse dominum illius rei, et alienandi jure haud destitutum. » Leg. *Bonae fidei* 109. Dig. *De verb. signif.* Instit. *De usurp. et usucap.* § *Si quis a non domino* 35. Instit. *De rerum divisione*. Voet, loc. cit. n.° 6.

sona *competente*. Questa è la vera dottrina esposta anche dal Voet, il quale nell'acquisizione della *servitù* riconobbe essere necessaria la *buona fede* (1). Una ragione filosofica assiste questa opinione. L'idea stessa del dominio delle cose pare inchiuderla virtualmente, per la ragione che (come avvertì anche il Cumberland) in atto pratico il dominio reale, tal quale esiste e può esistere in natura, non è altro che il complesso dei diversi atti particolari coi quali si esercita la proprietà. Chi acquista una servitù può essere obbligato a dimostrare come l'abbia acquistata; ma non se il fondo appartenga *certamente* a Pietro, più che a Paolo. Quando dovesse dimostrare quest'appartenenza, non dovrebbe più dimostrare il *titolo* della propria servitù, ma il *titolo* della proprietà altrui. Dunque è provato che nella usucapione della servitù basta la semplice *opinione*, la quale persuade che il possessore del fondo serviente ne sia vero e legittimo padrone. Ma ridotta la cosa a questo punto, essa si risolve nella *buona fede*.

§ 699. Qui non finisce ancora la cosa. Noi abbiamo bensì veduto quali siano le condizioni della usucapione *attiva*, ma non abbiamo vedute quelle della *passiva*. Concedo, dirà taluno, che debbansi verificare i cinque requisiti sopra annoverati; ma in essi non s'indica se il *vero* padrone sappia o non sappia, possa o non possa contraddire, e reclamare il fatto suo: anzi del vero padrone non si parla nè punto, nè poco. Ma se dall'altra parte questo vero padrone ha diritto che il suo non gli venga tolto senza il proprio consenso, se *res clamat ad dominum;* come potrà egli essere spogliato della sua proprietà col solo giusto titolo putativo, colla buona fede, e colla continuata possessione dell'acquirente? Dovremo forse canonizzare le collusioni fra un legittimo alienante ed un

---

(1) « Titulum autem oportet esse verum ».... nisi agatur de servitutum praescriptione, ubi *bona fides* sufficit cum *tituli opinione,* nec necesse est ut praescribens de titulo doceat. » Leg. *Si quis diuturno* 10. Dig. *Si servitus vindicetur*. Leg. ult. Dig. *De aqua et aquae pluviae arcendae*. Prout latius demonstratum in tit. *Communia tam urbanorum quam rusticorum praediorum*. Voet, loco citato, n.° 4.

Qui cade un'osservazione; ed è, che nella trentennaria non si esige nè il titolo, nè la buona fede in nessun caso. Dunque la *prescrizione* della servitù, della quale parla il Voet, non è la principale, ma la sussidiaria, che si potrebbe dire *acquisizione contrattuale della servitù,* derivata da un non vero proprietario riputato vero: in breve, essa è l'usucapione della servitù. Qui si domanda in che il Voet esiga l'opinione del *titolo*. La esige egli nel concessionario o nel concedente? Se nel concessionario, questa o riguarda l'origine della propria servitù attiva, o riguarda la supposizione che il concedente sia il vero padrone del fondo assoggettato. Se il primo, non può giocare l'opinione, perchè si tratta di un fatto proprio; se il secondo, allora si tratta della buona fede. Parla egli il Voet del concedente? Allora non v'ha differenza tra i fondi e le servitù.

ipocrita acquirente? dovremo forse almeno autorizzare le illegali distrazioni, in oltraggio del vero proprietario?

No certamente, rispondo. E per evitare da una parte questo inconveniente, ed assicurare dall'altra i legittimi possessi, nella più antica romana legislazione, tanto in materia di possessi fondiarii, quanto in materia di servitù prediali, fu richiesto che il possesso fosse esercitato sempre *non vi*, *non clam*, *non precario*. Di ciò fanno fede i frammenti dell'editto del Pretore sparsi nel Digesto, e raccolti dal Ranchinio (1). Diffatti col possesso palese, non violento, non precario, esercitato per tanti anni, a guisa di padrone, da taluno avente titolo putativo, o con buona fede, a fronte di un uomo che può sapere e che può difendersi, non si stabiliscono forse i requisiti della *usucapione passiva?*

Si dirà che questi *requisiti* sono *comuni* alla prescrizione principale, o almeno che l'*effetto* n'è lo *stesso*, perchè si priva il vero padrone di ogni azione a ricuperare il suo. Quanto ai requisiti, rispondo ch'essi sono *comuni*, tranne il titolo e la buona fede. Quanto poi all'*effetto*, dico che è lo stesso tanto delle prescrizioni, quanto delle più solenni contrattazioni col vero e incontroverso padrone. *Prescrivere* non è altro che munire, guarentire, allontanare ogni attentato ad un possesso, il quale o certamente o presuntivamente fu giustamente acquistato.

§ 700. Dalle quali considerazioni risulta, che sotto l'aspetto *passivo* e *morale* fra l'usucapione dei beni e quella delle servitù non vi può essere differenza. Così sorge l'idea dell'usucapione *complessiva* dell'una e dell'altra specie. In questa idea facendo valere la verità estrinseca combinata alla sicurezza economica, noi operiamo secondo la legge naturale; perocchè la ragione dei due diversi sistemi dell'intrinseca ed estrinseca verità tende a guarentire fra privati, eguali e liberi la conservazione delle rispettive ragioni, per quanto può comportarlo l'esercizio pratico e vicendevole della loro padronanza in una civile associazione. Pur troppo la verità estrinseca delle cose può talvolta divenire lesiva all'intrinseco diritto degli associati; ma un sommo e grande interesse prevalente, qual

(1) Quanto ai *beni stabili* ecco un esempio. « UTI . EAS . AEDES . QUIBUS . DE . AGITUR . NEC » VI . NEC . CLAM . NEC . PRECARIO . ALTER . AB . AL» TERO . POSSIDETIS . QUOMINUS . ITA . POSSIDEN» TIS . VIM . FIERI . VETO. » (Vedi la legge cit. *Praetor*. Dig. *Uti possidetis*.) Si noti bene la frase *alter ab altero*, e si noti altresì l'*ommissione* del *tempo*.

Quanto alla *servitù* di acquedotto, ecco un altro esempio. « UTI . HOC . ANNO . AQUAM » QUA . DE . AGITUR . NON . VI . NON . CLAM . NON » PRECARIO . AB . ILLO . DUXISTI . QUOMINUS . ITA » DUCAS . VIM . FIERI . VETO. » (Vedi la legge *Ait Praetor* 1. Dig. *De aqua quotid. et aestiva*.) Si noti la frase *ab illo*, e l'*hoc anno*. Colle frasi *alter ab altero* e *ab illo* si esclude l'apprensione di solo moto proprio, che si verifica nell'usurpatore.

è quello della comune sicurezza, sforza inevitabilmente a far prevalere il diritto probatorio e putativo al diritto reale ed intrinsecamente vero. Con questo principio viene regolato anche tutto il sistema delle prescrizioni perentorie, le quali sembrano emanciparsi dalla considerazione del privato interesse per non occuparsi che del sociale e civile.

CAPO IV.

*Parallelo fra l'*usucapione *e la* prescrizione, *secondo l'ultimo stato della romana legislazione.*

§ 701. Leggendo le disposizioni del Diritto romano, troviamo che colla completa e ben dimostrata usucapione non abbiamo più bisogno della prescrizione; ma troviamo del pari, che mancando il mezzo della usucapione, si può ricorrere alla prescrizione. Ora si domanda come ciò possa accadere, e per qual ragione ciò possa esser fatto. E qui in primo luogo cade il parallelo fra l'usucapione complessiva da una parte, e la prescrizione perentoria dall'altra.

Per bene intendere questa parte, tanto in linea di autorità, quanto in linea di ragione, specialmente sulle prescrizioni dei beni stabili e delle servitù prediali, conviene annotare quanto segue; cioè:

1.° L'usucapione degli stabili e delle servitù fu pareggiata quanto al tempo necessario ad acquistare il rispettivo diritto, e fu per entrambe fissato in dieci anni fra i presenti, ed in venti fra gli assenti (1). — Le prescrizioni perentorie, o *repellenti* di ogni *azione*, risguardanti l'acquisizione di un reale diritto (il quale per mancanza di *titolo* o di *buona fede* non si potè procacciare per via di *usucapione*), furono per l'ordinario indotte col corso di trent'anni (2). Ecco dunque fra le usucapioni

(1) « Decennium inter praesentes, vicennium inter absentes ad *usucapiendas* res » *immobiles*, et *servitutes* adquirendas vel » amittendas. » Princ. Instit. *De usucapion.* Leg. ult. Cod. *De praescriptionibus long. tempore* 10 *vel* 20 *annorum*. Leg. unic. Cod. *De usucap. transformanda*. Leg. *Si quis diuturno* 10. Dig. *Si servitus vindicetur*. Leg. *Si aquam* 2 et ult. Cod. *De servitut. et aqua*. Voet *ad Pand.*, Lib. XLIV. Tit. III. n.° 6.

(2) Leg. *Sicut in rem* 3. Cod. *De praescript.* 30 *vel* 40 *annorum*.

Ho detto *per l'ordinario*, perocchè furono stabilite prescrizioni *privilegiate* a favore del fisco e delle chiese. Fra queste v'ha la famosa *centenaria*, l'origine della quale viene ricordata dal Pothier colle seguenti parole. « Refert Suidas hanc legem pecunia » emptam fuisse a quodam Prisco Emesinae » Ecclesiae Oeconomo, et in chirographis » alienis imitandis peritissimo. Is quum ante triginta annos Ecclesia Emesina cuidam » Mamiano viro Patricio haeres extitisset, » pleraque instrumenta confixerat sub nomine » cujusdam tabellionis huic Mamiano coaevi; » quibus ostenderet ingentes pecunias huic » haereditati deberi. Et ne praescriptio opponi posset, Justinianum pecunia expugna-

e le prescrizioni risguardanti lo *stesso oggetto* una differenza a riguardo del *tempo*.

2.° Per le usucapioni richiedevasi rispettivamente il *giusto titolo* o la *buona fede;* ma nella prescrizione perentoria o trentennaria si prescinde da amendue, ma nello stesso tempo si esige che il possesso sia stato esercitato a titolo di *padronanza*, e con *scienza* e *pazienza* dell'avversario. Ecco quindi una differenza quanto al *modo*. L'*uso* diuturno della servitù deve avere questi caratteri, altrimenti è nullo.

3.° Volendo poi passare ai caratteri speciali fra la *prescrizione* principale, ossia di dieci anni, degli stabili e quella delle servitù, non troviamo differenza alcuna, poichè non si tiene più conto del *titolo* (vero o creduto), nè della *buona fede*, ma del solo diuturno possesso, che poteva essere agevolmente interrotto.

4.° E qui, col prescindere dal *giusto titolo* (sia vero od opinato) e dalla *buona fede*, si presenta un criterio massimo per distinguere l'*usucapione* dalla *prescrizione* principale operante coll'autorità sua propria. A rendere sensibile questa differenza mi valgo di un esempio. Pietro, senza interpellare nessuno, senza averne il permesso da nessuno, ma di moto proprio, s'impossessa di un'acqua, e la conduce dove gli aggrada, ben sapendo che l'acqua è d'altrui. Egli pratica quest'apprensione in palese, senza violenza, ed usa della cosa appresa a guisa di padrone. È certo che il modo da lui usato non gli procaccia dapprincipio diritto alcuno. Paolo, padrone dell'acqua, tace per dieci anni, e poi intima una protesta giudiziaria, o fa convenire in giudizio Pietro, onde desista dalla sua usurpazione. Si domanda se, secondo l'ultimo Diritto romano, nel quale le usucapioni delle servitù prediali sono pareggiate, quanto al tempo, alle usucapioni dei beni stabili (1), si possa pronunziare che Paolo si oppose a tempo, onde liberarsi dall'usurpazione di Pietro; oppure se essendo trascorsi senza contrasto, e senza che Paolo possa allegare impotenza o necessaria ignoranza, i dieci anni richiesti per usucapire, Pietro abbia acquistato il diritto civile sull'acqua suddetta, e quindi l'azione di Paolo sia estinta.

§ 702. In questa specie di fatto dalla parte di Pietro non concorre nè l'opinione del titolo, nè la buona fede necessaria ad acquistare *direttamente* il diritto da lui preteso. In questa specie di fatto non si tratta

---

» verat ad ferendam hanc legem.» (*Ad Pandectas*, Lib. XLI. *Appendix titulo* X. Tom. III. pag. 158. Lugduni, sumptibus Bernuset et sociorum, an. 1782.)

(1) Vedi la legge ult. del Codice *De praescript. long. temp.*, riportata più sotto al Capo IX. di questo Libro.

di semplice servitù di condotta, ma bensì della *padronanza* del corpo stesso dell'acqua. Dunque per lui non rimaneva che il possesso trentennario o quadragenario palese, pacifico, e colla pazienza libera di Paolo, nel quale non abbisogna nè titolo, nè buona fede. Dunque, ponendosi ch'egli abbia posseduto per soli dieci anni nel modo esposto, Paolo può certamente ripigliare la sua padronanza. Dunque fino dall'origine mancò il fondamento della prescrizione *sussidiaria* e *placitante*, detta altrimenti *usucapione*. Dunque fra la prescrizione principale e l'usucapione v'ha distinzione fino dall'*origine*, e questa distinzione consiste nella esistenza o nella mancanza del titolo e della buona fede.

§ 703. Poniamo ora il caso, che senza pretendere la proprietà esclusiva dell'acqua, Pietro abbia preteso di attraversare il fondo altrui, e imporre una servitù. Si domanda se abbisogni della trentennaria, oppure se possa bastare la decennale. Secondo l'ultimo stato del Diritto romano, si esige la trentennaria propria delle prescrizioni. Perchè ciò? Perchè dal modo col quale Pietro e Paolo hanno agito non si è verificato che il fatto identico contemplato nel caso antecedente, e però vige la stessa ragione. Il tacito *assenso* del padrone Paolo è causa *abile* solo dopo trent'anni a trasmettere in Pietro il diritto ad usare di detta acqua, perchè Pietro cominciò con un colpo di mano, cioè col puro possesso di fatto.

§ 704. Qui cade un'ultima ed importante osservazione, per bene intendere il Diritto romano. Se noi indaghiamo quale ipotesi di fatto stia perpetuamente sotto alle acquisizioni per via di usucapione, e a quelle che vengono assomigliate a lei, troviamo che in esse si suppone sempre un *atto contrattuale*, il quale è per sè capace a trasmettere il dominio, o un reale diritto, quando il concedente sia vero padrone. Può nascere il caso che questo venga fatto da chi non è vero padrone. Allora mancando l'autorità di diritto, manca anche la trasmissione, perchè niuno può dare ciò che non ha. Ma qui cadono due considerazioni. La prima è, che in questo caso (malgrado che manchi il vero padrone) non si può negare che sia intervenuto un atto, per esempio, di vendita, di donazione, di transazione, di cessione, di legato, ec. ec., ai quali per la forma non manca nulla. La seconda poi è, che l'acquirente può essere *persuaso* di aver contrattato con chi ne aveva l'autorità. Ecco il titolo e la buona fede. Ora passando un dato tempo, se nulla venga opposto dal vero padrone che poteva legittimamente contraddire, in tal caso l'acquirente non deve essere turbato.

§ 705. Ecco allora l'*usucapione*, e la sua funzione assicurante. Dunque che dice il legislatore, il quale stabilisce l'usucapione sia dei beni,

sia dei reali diritti? « Ecco una compra e vendita, ecco una donazione, » ecco una transazione; o, a dir meglio, ecco un *bene trasferito* in al» tri per questi ed altri simili titoli. Potrebbe nascere il caso che l'alie» nante non fosse il vero padrone della cosa alienata, ma ch' egli fosse » dall' acquirente creduto tale. In questo caso dichiaro che contro l'ac» quirente, che abbia tranquillamente e palesemente posseduto per tanti » anni, non si possa opporre la causale della *non padronanza* dell'alie» nante, salve nel resto tutte le altre ragioni ed eccezioni contro l'atto » di alienazione, le quali andranno soggette a prescrizioni particolari. » Questa sanzione s' intenderà perentoria dell' azione del vero padrone » contro l'alienazione incompetente, semprechè dentro i dieci anni a lui » lasciati liberi egli abbia *potuto* esercitare la sua autorità per ricupe» rare il fatto suo. »

§ 706. A che dunque si riduce la cosa? Non ad autorizzare un possesso appreso di *moto proprio* da taluno, ma a dar forza a quei *contratti* traslativi di dominio, nei quali fosse mancata l'*auctoritas*, ossia la padronanza reale del concedente. Dunque tutto s'aggira sul provvedere ad un *solo caso;* e questo può accadere in tutte sorta di *contratti* traslativi di una proprietà che può appartenere ad altri. Ma se è così, egli è per sè manifesto: 1.° che noi ci aggiriamo fondamentalmente sopra un possesso *derivante* da un consenso *espresso*, e non *tacito;* 2.° che altro non facciamo che provvedere al *caso*, in cui un contraente che concede non fosse abile a trasferire il dominio, mentre esiste il vero padrone che potrebbe farlo.

§ 707. Dunque se l'atto celebrato peccasse per altri motivi, esso non potrebbe essere sanato dalle condizioni dell' usucapione. Così se la vendita fosse stata o dolosa o lesiva, essa potrebbe essere impugnata per queste cause, malgrado l'usucapione. La querela non può essere perenta che dalla lunga prescrizione, colla quale s'impone silenzio alle azioni o eccezioni suddette. E se per caso il tempo perimente le dette azioni ed eccezioni fosse identico a quello delle usucapioni, la perdita dell'azione non si potrebbe attribuire alle cause dell'usucapione, ma alla pura autorità perimente della legge, la quale stabilì un periodo coincidente.

§ 708. Dalle quali considerazioni è facile vedere per quali caratteri coincidano e per quali differiscano fra loro questi due modi, che appellansi *prescrizione* ed *usucapione*. La prima non riguarda che la possibilità di agire, e il lasso del tempo, entro il quale si poteva esercitare l'azione; la seconda si fa dipendere da tutte le condizioni delle legittime contrattazioni, e dal lasso del tempo, entro il quale il vero padrone po-

teva agire o difendere sia la proprietà, sia la libertà de' suoi beni. Nella prima la ripulsa di ogni azione a causa del tempo è indipendente dal titolo; nella seconda la ripulsa non riguarda che la rivendicazione, nè può aver luogo che colla certezza e legittimità del titolo. Fra l'alienante e l'acquirente non può aver luogo usucapione veruna; essa ha luogo soltanto fra l'acquirente e il vero padrone che non contrattò. La prescrizione per lo contrario riguarda sempre un vero padrone, ed un altro soggetto ad un' azione per qualunque motivo.

§ 709. Raccomando a' miei leggitori di por mente a questo punto di vista, di bene afferrarlo, e non dimenticarlo giammai. Porre in comunicazione il diritto probatorio coll'attributivo; conciliare l'impero della verità estrinseca coll'impero della verità intrinseca; provvedere all'interesse d'un acquirente di buona fede, salvi i riguardi dovuti ai veri proprietarii, all'insaputa dei quali venisse alienata o vincolata qualche loro proprietà mediante atti espressi contrattuali: ecco lo spirito e le mire delle romane *usucapioni*. — Por fine alle inquietudini ed alle incertezze che dopo lungo tempo e dall'una all'altra generazione potrebbero rendere mal ferma la consistenza, la continuità, e la vita economica; fare che ogni cittadino non trascuri le ragioni del proprio patrimonio, ed abbia tutto il campo ad esercitare la sua padronanza; consultare dopo il corso di una generazione gl' *interessi* attuali dei possessori, assistiti dall' autorità del tempo, e dalla presunta acquiescenza di chi poteva avere un interesse contrario; prescindere dalle vedute d'una morale individuale, e far prevalere la politica; dimenticare origini senza espresso consenso, e quindi senza causa traslativa espressa di dominio, per far valere un' origine di tacito consenso, dalla quale sorgono tanto il titolo, quanto la buona fede presunta, che si volle nelle acquisizioni contrattuali: ecco lo spirito delle lunghissime romane *prescrizioni*.

§ 710. Nulla di più inconseguente ed impolitico potrebbe figurarsi del partito di stabilire la prescrizione colla condizione, ch' essa non copra la così detta *mala fede*, cioè la coscienza di possedere senza il dominio prima trasmesso dal vero padrone. Che cosa fareste voi? Voi rendereste eternamente fluttuante un possesso per un motivo cui tutto vi fa credere insussistente. Sia pur vero che Pietro incominciò a possedere senza titolo; sia pur vero che Paolo acquistò da Pietro colla scienza di questo difetto, e però conobbe d'essere possessore *non* padrone (locchè chiamasi *mala fede*): e che perciò? Forsechè la lunga insistenza, accoppiata alla libera acquiescenza del vero padrone, non potè sanare questo difetto? Forsechè nel passaggio dall' una all' altra generazione, fatto *per la sola*

autorità pubblica, non si poteva porre in non cale l'origine non titolata? Forsechè legando le età coi rapporti reali anteriori, non si doveva porre un limite alle azioni dei padroni spenti?

Dato il sistema successorio e continuativo dei rapporti economici, si doveva soggiungere anche quello delle prescrizioni. Volete voi togliere queste? Allora sarete forzato a racchiudervi entro la vita individuale, e a non continuare per rappresentazione il sistema dei reali diritti. Ma ammesso il sistema romano, noi abbiamo colle usucapioni tutto il movimento animato contrattuale; abbiamo poi un punto ultimo di sicurezza colle prescrizioni. Passiamo a dar ragione di tutto questo.

CAPO V.

Come col possesso si possa indurre e provare la trasmissione di un dominio.

§ 711. Far valere il continuato possesso come *mezzo* onde avvalorare un' alienazione fatta da un non padrone; farlo valere poi come motivo onde spegnere l'azione a ricuperare un bene: ecco le funzioni dell'*usucapione* e *prescrizione*. Ma, per verità, questo possesso è cosa di *puro fatto*, la quale può essere giusta o ingiusta, legittima od usurpata, come per sè è notorio (1). Che cosa diffatti è il possesso, fuorchè = la detenzione effettiva ossia fisica di una cosa qualunque, in modo da poterne far uso quando lo giudichiamo conveniente? = Considerando adunque la natura propria ed individua del possesso, egli infine si risolve nel solo esercizio di una forza. Esso è giusto, quando questa forza sia regolata; ingiusto, quando questa forza è sregolata. Come dunque il possesso può costituire fonte di diritto, se dal diritto stesso deve trarre la sua qualità di giusto o d'ingiusto?

---

(1) Nel Diritto romano distinguevasi il possesso *naturale* dal *civile*, non per la qualità di giusto o ingiusto, ma per la sola competenza; talchè ad un padrone spogliato del possesso di fatto competendo ciò non ostante il diritto di possedere, veniva attribuito il *civile possesso*. "Dividitur possessio in *naturalem* et *civilem*. *Naturalis* ea dicitur quae „ in facto consistit, dum quis suo corpore possidet, seu corpore et animo suo possessioni „ incumbit. *Civilis* vero quae in jure consistit, dum quis animo possidet adeoque fingi„ tur a jure possidere quod revera non tenet.„ Dice il Voet *ad Pandectas*, Lib. XLI. Tit. 2. — Vegganṣi in appoggio le seguenti leggi. Leg. 1. § *Dejicitur* 9. Dig. *De vi et vi armata*. Leg. *Possideri* 3. § *Nerva* 13. Dig. *De adquirenda vel amittenda possessione juncta legi qui bona* 19. § 1. Dig. eodem tit. Leg. *Quod meo* 18. Leg. *Peraegre* 44. § ult. Leg. 45. 46. Dig. eodem titulo juncta. Leg. *Commodare* 15. Leg. 16. Dig. *Commodati*. Leg. *Servi nomine* 16. Dig. *De usurp. et usucap.* Leg. *Nemo ambigit* 10. Cod. *Adquirenda vel amittenda possessione*. Veggasi il Brissonio, *De verb. significat.* Lib. XIV.

§ 712. A questa quistione si risponde, che il possesso può equivalere a diritto, quando equivale ad una prova di consenso (1). Il possesso non esiste realmente in natura se non mediante tàli atti, e non tali altri. Esso è un ente morale, il quale racchiude i suoi caratteri essenziali che lo contraddistinguono da qualunque altro. Questi caratteri risultano appunto dalla natura e dalla tendenza degli atti, pei quali usiamo di un bene quando lo giudichiamo conveniente. Ciò posto, considerate voi questi atti come *conseguenti* ad una espressa convenzione? Allora non vi può esser dubbio che il possesso non sia un *effetto* di questa convenzione. Ma in tal caso essi atti sono puramente *esecutivi* dell'accordo antecedentemente seguíto. Considerate voi questi atti come *non preceduti* da consenso? Qui sta tutto il nodo della difficoltà per legittimare questo possesso, e renderlo rappresentativo del consenso. Senza una tale condizione manca ogni fondamento di diritto e di autorità. In ultima analisi dunque conviene dimostrare come gli atti di possesso, non preceduti da convenzione, possano divenire *indicativi* del tacito consenso, e però si debbano riputare come puramente *esecutivi* di un consenso accordato. Ora la soluzione di questa difficoltà è agevole, considerando il possesso esercitato non *in occulto*, non *con violenza*, non *per semplice concessione rivocabile*, ma bensì colla scienza e col permesso libero del padrone interessato, e che può difendere il proprio diritto.

§ 713. Se tu, me presente, veggente, sciente, senza frode, senza violenza, senza timore, pigli un frutto mio e lo mangi, è vero che tu cominci là ove dovevi finire; è vero che tu commetti un atto biasimevole: ma se io non ricuso, se io non proibisco, se io mostro aggradimento, tu non potrai essere accusato di furto. Incominci, è vero, dal *pigliare*; ma col mio consenso di pigliare si eseguisce una *tradizione* spontanea, la quale per ciò stesso involge la precedente stipulazione ed accettazione. Qui non intervengono parole, ma puri atti; qui non havvi espressa convenzione alcuna: ma che perciò? Forsechè sotto altra forma manca la convenzione? forsechè non si pareggia fra i privati l'utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà? Diciamo adunque, che in ultima *analisi* coi fatti materiali che attestano il tacito consenso si fonda il diritto come negli espressi.

---

(1) Ognuno intende che qui si parla del possesso *derivativo*, e non del *primitivo*. Quanto a quest'ultimo, esso può venire acquistato coll'*usucapione*, coll'*accessione*, o con qualunque altro mezzo nel quale non occorre il consenso altrui.

§ 714. Si dirà che, in senso inverso, mediante questi *atti* si *acquista* la servitù a titolo di *lungo possesso*. Ma qui si avverta che tali atti non producono il diritto *per sè stessi*, ma bensì per il *concorso* presunto della *scienza* e *pazienza* del padrone che poteva proibirli. Qui si verifica propriamente il *titolo* e l'*esecuzione* ad un solo tratto; ma si verifica per il *concorso* di due volontà, come si verifica nella costituzione contrattuale della servitù medesima. Gli atti materiali del possesso non costituiscono che un *segnale parziale* del titolo stesso, e non formano la *facoltà* propria, nella quale consiste l'essenza legale del titolo medesimo. Una prova evidente l'abbiamo considerando le condizioni che si esigono per l'usucapione e per la prescrizione. Sì nell'una che nell'altra esigonsi i *requisiti di un mutuo consenso*, il quale dicesi *tacito* appunto perchè manifestato coi *fatti*, e non colle *parole*.

Questo *tacito* assenso nell'usucapione non interviene fra l'*alienante* e l'*acquirente*, perchè fra essi deve passare un *titolo* abile di dominio derivativo; ma interviene fra l'acquirente ed il *terzo*, che si suppone abilitato a contraddire gli atti possessorii esercitati a danno di lui. Sotto quest'unico rapporto la prescrizione e l'usucapione coincidono tra loro, e vengono giustificate collo stesso presunto motivo.

§ 715. E qui cade un'importante osservazione. In una ben costituita società civile non si deve tollerare che niuno per *propria autorità* incominci il suo possesso col *pigliare a dirittura* l'altrui: quindi fu sbandita l'usucapione *pro possessore*. Perlochè non potrò mai ammettere nemmeno in materia di servitù, che si possa *usucapire*, incominciando col pigliare e continuando col possedere; ma se passano trent'anni senza reclamo del padrone abilitato a contraddire, potrò almeno presuntivamente congetturare che il padrone acconsenta a questa primitiva e continuata usurpazione. La legge fa di tutto per acquistare almeno la presunzione di questo tacito assenso. Le condizioni ch'essa appone alla prescrizione principale e sussidiaria tendono tutte ad ottenere formalmente questa presunzione.

§ 716. Ma se esigi questo mutuo consenso, è per ciò stesso manifesto che gli atti *materiali* e *singolari* di quello che dicesi *possessore* non costituiscono per sè soli il diritto; come non viene costituito dalla sola *proposta* di un contraente, ma ricercasi eziandio il concorso positivo della parte interessata in contrario.

§ 717. Sarebbe dunque un cattivo ragionamento quello nel quale si prendesse in considerazione la sola *esistenza* singolare di questi atti materiali, per istabilire dettami di Diritto. Dunque il *ministero* dell'*uomo*,

che assumesi come azione acquirente del *dominio*, o di altro reale diritto, non è che *secondario*, *pedissequo* e *famulativo* del diritto costituito. Talvolta poi riesce *indicativo*, allorchè per altro concorrano gli altri connotati del *mutuo consenso*, comunque *tacito*, di chi poteva impedire questo esercizio.

§ 718. Riteniamo perpetuamente la massima, che nell'usucapione si considerano perpetuamente i fatti fra *tre persone*, mentre nelle prescrizioni si considerano soltanto i diritti fra *due sole*. Nell'usucapione diffatti si vuole una cessione di dominio fra un padrone apparente e un acquirente, e nell'atto stesso si considera che può esistere un *terzo* vero padrone, al cui diritto venga derogato. Nella prescrizione per lo contrario non si considerano che i rapporti fra l'acquirente e il vero padrone, onde fiancheggiare l'acquisizione del primo, e porre silenzio agli eventuali diritti del secondo. Questo rapporto è *identico* tanto nell'usucapione, quanto nella prescrizione, e identiche sono pure le condizioni della *possibilità* nel vero padrone di *contraddire*. Egli è perciò che in amendue si vuole che l'uso e il possesso siano praticati *non clam*, *non vi*, *non precario*, perchè col *clam*, col *vi*, col *precario* si toglie la possibilità a contraddire, o il carattere di padronanza.

Dunque coll'assumere il solo possesso come criterio unico *legale* e *costitutivo* si scambiano realmente i rapporti logici e morali. Dir dunque che il *solo tempo* possa canonizzare un possesso, e valere come causa di un'acquisizione derivativa, è un errore che offende sì la ragione che la legge.

§ 719. E per parlare della *servitù*, fo osservare che le stesse condizioni che il Pretore richiese per mantenere il possesso anche sommario dei fondi, le richiese del pari a mantenere l'uso della servitù. Il *non clam*, *non vi*, *non precario* fu richiesto sì nell'uno che nell'altro. E perchè ciò? Perchè sarebbe stato il colmo dell'iniquità lo spogliare un padrone quando si vede che non aveva campo a difendersi. È forse possibile figurare che la legge voglia in alcun caso rendersi complice dei ladronecci o delle violenze? Dunque in ogni caso si deve concludere ch'essa faccia valere il lungo possesso, sia *titolato* come nell'usucapione, sia *non titolato* come nella nuda prescrizione, siccome equivalente ad un *tacito consenso* del vero padrone, contro cui si possiede.

§ 720. E qui debbo far avvertire ad una circostanza, alla quale giureconsulti anche stimabili non han posto mente. Altro è la scienza o l'ignoranza *concreta* e di *fatto storico* verificata in un dato vero padrone colpito da prescrizione, ed altro è la scienza o l'ignoranza *pre-*

sunta e di *ipotesi legislativa* contemplata dal legislatore. Accordo benissimo che nella usucapione o nella prescrizione di un tale diritto d'un dato uomo sia intervenuta o ignoranza, o anche dimenticanza degli attentati d'un usurpatore. Ma che perciò? Qui si tratta di vedere se questa ignoranza fosse o no *vincibile;* se essa sia avvenuta per *incuria* del padrone, o per vera incolpabile *necessità*. Nel primo caso la legge non l'ammette come scusa per arrestare la prescrizione o l'usucapione; nel secondo essa la dichiara come un ostacolo all'azione del tempo sanzionata da lei. Riteniamo dunque, che quando le leggi dichiarano di non dar retta all'*ignoranza*, esse parlano della *vincibile* e della *colposa* in un diligente padre di famiglia. « Io (dice la legge), dopo tanti e tanti » anni di pacifico, palese e non interrotto possesso del tuo avversario, » non darò ascolto alle tue querele sotto pretesto d'ignoranza, sì per» chè ho voluto che tutto ti fosse palese, e sì perchè tu per la tua situa» zione hai *potuto* reclamare prima. » Ecco il vero senso nel quale si debbono assumere le espressioni di un legislatore allorchè nella legge sulle prescrizioni dichiara che non si debba aver riguardo alla scienza o all'ignoranza, semprechè questa si riferisca al padrone che si querela di essere spogliato.

§ 721. Ma spinta la cosa anche a quest'ultimo punto, troviamo sempre il principio del *tacito consenso*, il quale per presunzione legale dà al possesso materiale la qualità di *indicativo* d'un dominio rispettivamente ceduto dal vero primo padrone, ed acquistato dal nuovo possessore. Questa indicazione è puramente presuntiva, e perciò essa non serve che di fondamento ad una provvidenza generale. Ma siccome questa generale provvidenza deve prevalere a riguardi particolari, così essa diviene definitiva e perentoria.

Questo schiarimento è sommamente importante, specialmente negli affari litigiosi, nei quali se l'autorità pubblica da principio mantiene i possessi come sono, lo fa nel dubbio di non violare il diritto reale competente al possessore. Ma tosto che viene dimostrata la mancanza del *titolo di ragione*, l'autorità giudiziaria recede dalla manutenzione, e decide non giusta il fatto materiale degli atti praticati, ma giusta i *titoli morali* costituenti il diritto medesimo.

§ 722. Ma per non divergere dal nostro proposito, nel quale si tratta del titolo fondamentale *costituente* la servitù, converrà ritenere perpetuamente il canone di non riguardare gli atti materiali dell'esercizio, e quindi il ministero dell'uomo, fuorchè come atti *famulativi* o puramente *indicativi* della morale facoltà costituente fondamentalmente il diritto

medesimo. E siccome in questa morale facoltà richiedesi o il mutuo consenso o la disposizione autorevole della legge, così allorchè si tratterà dei titoli costituenti la servitù dell'acquedotto si dovrà sempre aver di mira questi due titoli cardinali, e le prove dalle quali si possano ricavare.

Nelle dichiarazioni preliminari ho già fatto avvertire che il diritto *probatorio* si mescola sempre, anzi viene necessariamente associato al diritto *costituente*. Ecco appunto che gli atti così detti *possessorii* possono costituire parte di questo diritto *probatorio*; ed anzi trattandosi del *tacito consenso*, essi formano i *mezzi di prova*, onde stabilirne e dimostrarne l'esistenza.

CAPO VI.

Dei requisiti del possesso, considerato come mezzo principale ad acquistare la ragione dell'acquedotto, secondo le vigenti legislazioni.

§ 723. Nel Diritto romano trovasi in primo luogo la seguente sentenza di Ulpiano, appunto in materia della condotta delle acque: « Si quis » diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus » sit, non est ei necesse docere de jure quo aqua constituta est, veluti » ex legato, vel alio modo; sed utilem habeat actionem, ut ostendat *per » annos forte tot usum se*, *non vi*, *non clam*, *non precario* (posse» disse) » (1).

Io trovo inoltre la seguente sentenza di Paolo: « Servitute usus non » videtur nisi is qui SUO JURE uti se credidit. Ideoque si quis pro via » publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio » utiliter competit (2). » Una via pubblica è un *bene incapace* di usucapione e di prescrizione. Un possesso a nome *altrui* non è possesso di *acquisizione propria*, e però manca ogni possibile fondamento di usucapione e di prescrizione. Ecco i motivi di questa sentenza di Paolo. Quanto poi a quella di Ulpiano, essa si riferisce ai *modi* coi quali si può far presumere il tacito assenso del padrone del fondo serviente.

Al primo testo corrisponde il § 1464 del Codice universale austriaco, nel quale si abbracciano in un senso più generale le qualità del giusto possesso; qualità che per altro nello stesso Diritto romano furono ripetute ed applicate ad ogni altro oggetto anche estraneo all'acquedotto. Ecco questo paragrafo. « Il possesso deve inoltre essere non vizioso. Se » alcuno s'impadronisce d'una cosa con violenza o con dolo, o se s'in-

(1) Leg. 18. Dig. *Si servitus vindicetur.* — (2) Leg. 25. Dig. *Quemad. servit. amit.*

» trude nel possesso clandestinamente, o possiede la cosa soltanto pre-
» cariamente, nè egli nè i suoi eredi possono prescriverla. »

Nel Codice Napoleone finalmente troviamo quanto segue: « Per » indurre la prescrizione è necessario un possesso continuo e non in» terrotto, pacifico, pubblico, non equivoco, ed a titolo di proprietà » (§ 2229). »

« Si presume sempre che ciascuno possieda per sè stesso ed a titolo » di proprietà, quando non si provi che siasi incominciato a possedere » in nome altrui (§ 2230). »

« Quando siasi incominciato a possedere in nome altrui, si presume » sempre che si possieda collo stesso titolo, quando non siavi prova in » contrario (§ 2231). »

« Gli atti meramente facoltativi e quelli di semplice tolleranza non » possono servire di fondamento nè per il possesso, nè per la prescrizione » (§ 2232). »

« Gli atti di violenza non possono egualmente servire di fondamento » ad un possesso per indurre la prescrizione. »

« Il possesso atto a produrre la prescrizione non incomincia se non » quando sia cessata la violenza (§ 2233). »

§ 724. Ravvicinate così queste tre legislazioni, che cosa rileviamo noi? In primo luogo rileviamo, che tutte tre concorrono nell'unica massima di non considerare il possesso come *inducente diritto di dominio*, sia totale, sia parziale, se non nel caso ch'esso presenti le circostanze per le quali si possa almeno presumere il *consenso* del padrone della cosa di cui si vuole acquistare il dominio. E per verità quali sono, a parlare il linguaggio forense, gli estremi del consenso? ossia meglio che cosa si ricerca per indurre questo consenso? Ognuno sa essere necessaria la *precognizione* e la *libertà:* la *precognizione* circa l'oggetto di cui si tratta, o l'atto da altri praticato; la *libertà* circa la facoltà, per parte degl'interessati, di poter rifiutare o respingere la pretesa dell'altra parte. Tutto ciò che colpisce la piena cognizione delle cose, tutto ciò che colpisce la piena libertà di agire a proprio beneplacito, vizia o toglie il consenso, come per sè è notorio.

§ 725. Ora venendo ai testi recati, veggiamo in primo luogo che la *precognizione* dell'atto avversario si esige almeno presuntivamente colla *pubblicità*, e non equivoca *forma dell'atto;* o, a dir meglio, coll'*atto palese* praticato da chi pretende di acquistare un dominio totale o parziale, e quindi qualunque reale diritto compreso appunto nella sfera generale del dominio.

§ 726. Io amo preferire la denominazione di *palese*. Con ciò s' indica che l' *atto di possesso* non solamente sia *visibile* esternamente, ma caratterizzato eziandio non equivocamente come atto *possessorio*, quale si suole praticare dai veri padroni. Un atto comunque notorio, ma di equivoca impronta, e peggio poi simulato, non sarebbe capace a procacciare per sè diritto alcuno. Diffatti se per autorizzare quest'atto esigesi il consenso altrui, e se questo consenso non interviene che sull' oggetto conosciuto, ne viene di necessità che un atto non ispiegato, o che porta un significato equivoco, non può recar la prova d' un consenso certo e non equivoco. Dunque la volgare *clandestinità* non può formare che un titolo *speciale*, e non può comprendere tutti i vizii di *cognizione* d' un possesso. L' *errore* toglie il consenso al pari dell' *ignoranza*. Ora la clandestinità *volgare* per sè stessa si riferisce alla sola ignoranza, e non abbraccia anche l'*errore*. Questo è pure lo spirito della leg. 5. Dig. *Quod vi.*

§ 727. L' esercizio palese degli atti possessorii viene concordemente richiesto dai testi su recati, colla sola differenza che nel romano e nell' austriaco viene espresso in senso *negativo;* vale a dire, nel romano colle parole *non clam*, e nell' austriaco *non clandestinamente*, *nè dolosamente*. Nel Codice Napoleone per lo contrario viene espresso con un concetto positivo di *pubblico*, *non equivoco*, *ed a titolo di proprietà*. La *libertà* poi dell'atto del proprietario viene indicata nel Diritto romano colla locuzione *non vi*; nell'austriaco *non con violenza;* finalmente nel Codice Napoleone viene indicata doppiamente non solo colla qualificazione di *pacifico*, inserita nell' art. 2229, ma eziandio colla dichiarazione espressa *contro gli atti di violenza*, inserita nell'art. 2233.

§ 728. Ma qual è il violento possesso, cui le leggi contemplano come atto ad impedire la trasmissione del dominio per mezzo del tacito consenso? Forsecchè consiste soltanto nella fisica oppressione delle forze esterne dell' uomo? Non mai. Esso abbraccia l' oppressione tanto *fisica*, quanto *morale*. « Vi dejicitur (dice il giureconsulto Paolo) non tantum » qui oppressus multitudine aut fustium aut telorum aut armorum me» tu terretur; sed et is qui *violentiae opinione* comparata possessione » cessit, si tamen adversarius eam ingressus sit (1). »

E qui appunto Paolo dopo poche righe venendo al caso delle violenze che accadono fra gli utenti della stessa acqua, soggiunge quanto segue. « Si inter vicinos ex communi rivo aqua ducatur, induci prius » debet ex his vicibus, quibus a singulis duci consuevit. Ducenti autem

---

(1) *Receptarum sententiarum*. Tit. VI. § 4. Vedi leg. 1. Dig. *De vi.*

» vis fieri prohibetur. Alienam autem aquam usurpanti nummaria poena » irrogatur. Cujus rei cura ad sollicitudinem praesidis spectat. » Quantunque questo riguardi l'*uso*, ciò nonostante mi piace qui ricordarlo.

§ 729. A schiarimento per altro della materia delle *violenze* in fatto di possesso, e per insegnare quali siano le circostanze onde agire per titolo di violenza, o eccepire contro atti possessorii affetti da questo vizio, giova consultare le regole lasciateci dal romano Diritto. Sotto tre rubriche diverse si contengono ordinazioni e regole sull'abuso della forza. Quando si tratta di *violenza fisica* mossa alla persona, fatta astrazione dal pigliar possesso di una cosa, questa viene conosciuta sotto il nome di *forza coattiva*. Nel titolo *Quod vi metusque causa* si provvede a quest'oggetto. Allorchè si tratta di *sottrazione* o *rapimento* di beni *mobili*, la legge provvide col titolo *De vi bonorum raptorum*. Finalmente allorchè trattasi dello *spoglio violento* degli *stabili* possessi, la legge provvide col titolo *Quod vi aut clam*.

§ 730. Ora in proposito di possesso e di uso d'acque è da osservarsi, che oltre alla distinzione principale fatta di sopra fra la violenza *formale* e la violenza *opinata*, la legge stabilì regole luminose, per le quali si conoscono modi diversi, onde accusare la formale violenza, o, a dir meglio, lo *spoglio* o la *privazione*, e quindi la rispettiva *apprensione* violenta di un possesso.

Eccone un saggio. « Etsi unus vel alter fustem vel gladium tenuit, » *armis* dejectus possessor videtur (1). »

« Etsi inermes venerant, si in ipsa certatione eo processerunt ut fu» stes vel lapides sumerent, vis erit armata (2). »

« Qui armati venerunt, etsi armis non sint usi ad dejiciendum, sed » dejecerunt, armata vis videtur (3). »

§ 731. Tutte queste regole c'insegnano a qualificare lo spoglio di possesso, e quindi l'apprensione *violenta a mano armata*. Ma havvi pure un'altra violenza formale senza che siavi mano armata. La legge accenna che anche un possessore che fosse stato legato e lasciato nel suo fondo occupato dallo spogliato, si deve riguardare come espulso violentemente dal suo possesso (4).

Da queste osservazioni adunque risulta indubitatamente, non essere riconosciuto come possesso capace a procurare verun diritto di proprietà

---

(1) Leg. 3. § 2. Dig. *De vi*. — (2) *Dicta* leg. 3. §. 4. — (3) *Dicta* leg. 3. § 5. — (4) Leg. 1. § 4. Dig. *De vi*.

se non quello che porta seco i caratteri *palesi* e *giuridici* pei quali si può presumere il consenso della parte interessata in contrario.

§ 732. Fin qui non si è parlato della qualità di *precario*, o di cosa posseduta precariamente, come di qualità che impedisce l'acquisizione del dominio mediante il possesso. Volgendo quindi il discorso a questo punto, debbo a prima giunta osservare, che per l'esattezza delle idee e per la proprietà dei dettami di Diritto il possesso precario forma una qualità *separata*, la quale non può nè punto nè poco essere accomunata coi titoli che rendono vizioso un possesso. Non confondiamo i veri aspetti delle cose e i giusti rapporti di Diritto. Altro è il dire che chi possiede precariamente non si possa mai riputare padrone, nè possa divenirlo col tempo, della cosa posseduta; ed altro è il dire che il possesso precario sia possesso vizioso, o si debba accomunare al possesso vizioso. Il vizioso ed il legittimo sono due termini che si urtano e si escludono scambievolmente. Ora chi possiede precariamente, possiede giustamente o no (1)? E se possiede *giustamente*, come si potrà dire ch'egli possegga *viziosamente?* Si corregga dunque la frase, e si dica: chi possiede precariamente non possiede a titolo di proprietà irrevocabile, nè può giungere mai ad acquistarne il diritto; per lo contrario chi possiede dolosamente, clandestinamente, violentemente, possiede a titolo usurpato, e quindi *ingiusto*. Non è il solo consenso che manca dalla parte di colui che doveva prestarlo quando intervengono questi vizii, ma si aggiunge di più l'ingiuria, la soperchieria, lo spoglio, infine la lesione del diritto altrui. Per la qual cosa queste qualificazioni furono molto saviamente separate dal recato testo del Codice Napoleone, e fu statuito sopra di ognuna in particolare.

CAPO VII.

Motivi della diversa misura del tempo secondo le tre legislazioni, onde acquistare la servitù di acquedotto.

§ 733. Rimane adesso a vedere la ragione, per la quale tutte tre le legislazioni stabilirono un *tempo* più o meno lungo all'esercizio del possesso, considerato come causa inducente il diritto di proprietà, ossia meglio come modo di acquistare un diritto reale qualunque. La ragione fondamentale dell'apposizione del tempo, durante il quale si considera

(1) « Eum qui precario rogaverit ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est » dubium. » Leg. 15. § 4. Dig. *Precario.*

esercitato il possesso suddetto, consiste nel pensare che il *consenso* della parte interessata non è veramente certo, diretto ed espresso, ma unicamente *presuntivo*, *indiretto* e *tacito*. Prima di tutto, uno o pochi atti possessorii altrui potevano essere *sconosciuti* alla parte interessata, benchè fossero esercitati in palese. Ma siccome si esige decisivamente la *cognizione* del proprietario interessato; così era necessario stabilire un tempo, entro il quale fosse *verisimile* che il proprietario fu *avvertito* degli atti altrui tendenti a diminuire il suo diritto. Nulla di preciso si poteva stabilire, attesa la varietà della materia e delle circostanze personali. Ma dovendosi presumere che ogni padre di famiglia nel corso di lunghi anni prenda cognizione dei proprii interessi, e quindi accorgasi degli atti *palesi* altrui tendenti a diminuirgli i proprii diritti; perciò fu stabilito il corso non interrotto di tanti anni d'un palese, pacifico e non equivoco possesso, onde far presumere il desiderato consenso di colui che doveva prestarlo.

§ 734. Questa fissazione di tempo era dall'altra parte assolutamente *necessaria*, affinchè i dominii non rimanessero eternamente pendenti, e sottoposti a controversie. Diffatti può spesso accadere che, sia per l'età infantile degli eredi legittimi, sia per la malizia di un usurpatore straniero, sia per vicende inevitabili, vadano *smarriti* i mezzi di prova e i documenti comprovanti la legittima acquisizione di un bene. Allora se si fosse richiesto che ogni possessore dimostrasse autenticamente il titolo originario della sua proprietà, molte e molte famiglie sarebbero state ingiustamente spogliate, e, quel ch'è più, sarebbe stata premiata o la negligenza o la malizia di un alienante del bene reclamato. Forsechè non si perde il dominio delle cose anche col non uso, ossia coll'*abbandono*? Forsechè colla connivenza medesima e col senso espresso di non assumere una lite non si *rinuncia* ad un diritto?

« Vix esse ut non videatur alienare qui *patitur* usucapi. Eum quo- » que dici alienare qui *non utendo* amittit servitutes. » A queste gravi sentenze del giureconsulto Paolo (1) vano è contrapporre lo spolpato e rigido trascendentalismo dell'assoluta e nuda *individuale* proprietà.

§ 735. Io dico poco. Quand'anche tu voglia farne valere l'esercizio il più astratto e il più assoluto, di quale ingiuria e di quale spoglio potresti tu accusare la legge, la quale approfittandosi d'un abbandono *spontaneamente* praticato da un proprietario, lo volse a beneficio d'un

---

(1) Leg. *Alienationis* 28. Dig. *De verbor. significat.* Leg. *Vel ei* 3. § 1. Dig. *Quae in fraud. creditorum*, ec.

attivo e diligente acquisitore? Chi ha potuto dire alla società: Io voglio che questo podere *abbandonato* da me non venga occupato da alcuno? io voglio che venga sottratto dal commercio sociale; io voglio che venga abitato dalle fiere, dai malandrini, o venga ridotto a deserto, e che altri, ai quali potrebbe servire di sussistenza, muojano di fame? Per temperare adunque tutti i riguardi dovuti alla proprietà, la legge come da una parte non doveva angustiare soverchiamente i mezzi di difesa del proprietario, così dall'altra parte doveva pensare a tutelare i possessi consacrati da un lungo corso di anni, anche a costo di coprire una privata usurpazione. « Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarum» dam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, *cum sufficeret* » *dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium* (1). »

§ 736. Tutto questo è ancor poco. Un grande interesse sociale, qual è appunto quello del *commercio* dei beni, si aggiungeva ad avvalorare la prescrizione. Diffatti se dopo un dato tempo la proprietà non fosse certa, con quale fiducia si avrebbe potuto animare e diffondere ogni transazione commerciale, la quale riposa intieramente su questa sicurezza? Tutto il sistema delle ipoteche, conosciuto come animatore del commercio degli stabili, avrebbe avuto un fondamento precario; tutto il corso delle successioni sarebbe rimasto eternamente dubbio: talchè il massimo sistema della *continuità economica*, di cui sopra fu parlato, non avrebbe acquistato mai nè vita, nè possanza, nè estensione.

§ 737. Per le quali cose alla teoria del tacito consenso, pel quale i possessi pacifici e palesi continuati sembrano essere surrogati ad un atto espresso di acquisizione, conviene aggiungere la *limitazione del tempo*, indotta dai grandi interessi suddetti; limitazione, per la quale si entra in un'altra *sfera* di ragione tutta politica e civile. Dopo aver esauriti i rapporti privati e consensuali presuntivi, sottentra un altro principio di *ragione comune sociale*, il quale viene temperato e diretto dalla sola autorità legislativa, in vista dell'interesse comune, ossia della cosa pubblica. Questa osservazione è sommamente importante per non confondere due teorie e due ragioni, le quali successivamente si danno mano, senza che l'una abbia i caratteri dell'altra. Durante il corso del tempo necessario a prescrivere il diritto si può dire che la teoria del privato consenso viene esercitata in tutta la sua pienezza. Spirato il tempo pel quale s'induce la usurpazione, la teoria del privato diritto finisce, sottentra quella della cosa pubblica, e prevale ad ogni privata querela. Da

(1) Leg. 1. Dig. *De usurpat. et usucap.*

ciò nasce la conseguenza pratica già nota, che non basta dire e dimostrare che taluno *ha usato d'una servitù per tanti anni*, quanti la legge richiese per usucapire una servitù; ma conviene inoltre dimostrare:

1.° Di aver posseduto *pubblicamente*, o, a dir meglio, *palesemente* e *non equivocamente*.

2.° Di aver posseduto *senza contraddizione* di chi poteva aver interesse a contraddire il possesso.

3.° Di aver posseduto *senza violenza dell' altrui libertà*, cioè in modo che qualunque interessato in contrario fosse *pienamente libero*, volendo, di contraddire.

4.° Di aver posseduto non a titolo facoltativo e rivocabile, non a titolo imprestato o rappresentativo di un altro padrone, ma *a titolo di dominio proprio esclusivo ed incommutabile*, quale esigesi a far di sua proprietà un bene qualunque.

5.° Di aver posseduto così durante il tempo richiesto *senza interruzione*, avuto riguardo alla natura del diritto posseduto. Così, *possedendo un terreno coltivato*, d'avervi ogni anno fatti i lavori soliti praticarsi dai padroni. Così pure, possedendo *una ragione d' acqua*, di averne ogni anno usato, come viene praticato dai veri padroni.

§ 738. Ma se dalle nostre legislazioni si esigono tutte queste condizioni per legittimare il possesso delle servitù prediali *positive*, e radicarne il diritto di acquisizione, pari al contrattuale; è manifesto che il *corso del tempo* non forma la causa *primaria* od *unica* del diritto, ma non è altro che una *qualità annessa*, una condizione necessaria per far presumere al legislatore che gli atti possessorii (d'altronde per sè efficaci a significare il consenso) *furono noti* al padrone del fondo assoggettato al servigio. Il corso del tempo, congiunto colla notorietà degli atti possessorii, fa le veci del documento, o, a dir meglio, della significazione dell'atto portante il diritto preteso dall'acquirente. Il prefinire un tempo più o meno lungo in sì fatte acquisizioni deriva dal motivo di procacciare la *prova*, ossia la presunzione plausibile della scienza e libera pazienza del padrone del fondo assoggettato. Qui dunque la funzione del tempo non è funzione per sè *translativa* di dominio o *spogliativa* di azione giudiziaria del padrone suddetto, ma è FUNZIONE PROBATORIA della *causa* stessa del diritto.

§ 739. Con questa osservazione ognuno vede come l'azione del tempo nelle *usucapioni* assomigli e come differisca dall' azione del tempo nella PRESCRIZIONE propriamente tale. In amendue il legislatore dice al terzo, ossia al vero padrone, contro cui si prescrive: « Io capisco che tu

» hai il tale diritto; ma alla società importa che tu non temporeggi so-» verchiamente ad esercitarlo. Per la qual cosa, se ne farai uso dentro » un *dato tempo*, io ti accorderò i mezzi giudiziarii per costringere al-» trui a soddisfarti se sei creditore, ed a lasciarti operare liberamente se » ti compete una servitù attiva, e così discorrendo. Ma se lascierai scor-» rere questo tempo senza far nulla, io ti dichiaro che non ti darò mano » ad agire o a difenderti, come se tu fossi *privo* d'ogni diritto. » Con questa dichiarazione si esprime propriamente la vera azione e la funzione propria della prescrizione. Nelle usucapioni, per lo contrario, egli ha riguardo all'atto contrattuale ed alla buona fede. Se, compiuto il tempo per *usucapire*, il legislatore riconosce trasferito il dominio (e però toglie il contrario diritto di ricuperare sia la cosa, sia la libertà prediale), egli non opera con una forza *perimente* d'una riconosciuta e vigente azione giuridica, come nella prescrizione; ma opera colla forza e colla regola degli atti ordinarii *contrattuali*. Se Pietro vendette il suo campo a Paolo, io debbo guarentir Paolo nel suo possesso acquistato di buona fede, dopo che il terzo tacque per tanti anni. Come può entrar qui la teoria principale della *prescrizione?*

§ 740. Si dirà che in un atto contrattuale, quando è fatto col vero padrone, non può *cader dubbio* che il diritto sia stato o no trasferito; ma ciò si può supporre soltanto ipoteticamente. Si può infatti supporre il contrario. Dunque in questo caso esiste almeno la *possibilità* di ferire o di perimere il reale diritto del padrone, contro cui si possiede. Ora il *togliere* questo possibile diritto non deriva forse dalla legge limitante il *tempo?* Con ciò non esercita essa un'*azione perentoria* simile a quella della nuda e rigorosa *prescrizione?*

§ 741. A ciò rispondo, che altro è la *forza* perimente dell'azione civile, ed altro è il *modo* di far agire questa forza. Nella usucapione essa viene in sussidio della buona fede e del giusto titolo; nella prescrizione agisce colla coscienza esplicita d'imporre silenzio ad una giusta pretesa. Alla per fine fra gli uomini non si può agire e giudicare che sulla *verità estrinseca*, e non sulla intrinseca; cioè si deve agire e giudicare in vista di quel che *consta*, e non in forza di *ciò che è* (1). Dunque havvi sempre la possibilità di ferire o di togliere un *reale* diritto. Si dirà perciò che la massima della prescrizione principale interviene *dappertutto?* Bene al contrario. Imperocchè nell'usucapione, lungi che si abbia in animo di perimere un diritto per motivo di pubblica necessità, si fa di

(1) Vedi il citato *Assunto primo della Scienza del Diritto naturale*, n.° XXV.

tutto per iscansare quest'atto. Per lo contrario nella prescrizione s'impone avvertitamente questo sagrificio alla comune sicurezza.

§ 742. Così anche in questo particolare troviamo un *temperamento* necessario a quell'astratto diritto di proprietà, il quale nelle metafisiche speculazioni presentandosi isolato, suole respingere come iniqua ogni limitazione contraria alla pienezza della reale proprietà. In questa sfera astratta, isolata, e non civile, pare che il senso morale rifugga di autorizzare un'usucapione, quand'anche sia continuata col tempo. Ma riflettendo che in tutte le cose di questo mondo conviene unire il massimo dei beni col minimo dei mali, e che l'ottimo non consiste nell'essere esente da vizii, ma nel racchiuderne il meno possibile, il senso morale si acquieta e si rassegna a ricevere la prescrizione, come il partito meno funesto nella vita sociale.

§ 743. Tutto questo però ha luogo solamente nella *civile società*, nella quale conviene venire a reciproche transazioni, in vista di un maggiore vantaggio nato dalla *colleganza*. Più ancora: questo risulta da una libera transazione dei rispettivi proprietarii, i quali essendo padroni di derogare ad un proprio diritto, si accomodano da principio ad una convenzione generale, la quale racchiude una sorte uguale per tutti; talchè venendo ai casi particolari, si regolano i possessi giusta questa convenzione primitiva. Sarebbe dunque un grave errore ed un mostruoso abuso quello di trasportare lo stabilimento delle prescrizioni ad oggetti di sfera diversa, nella quale nè militano tutti questi motivi, nè concorre questo tacito e continuato assenso dei membri di un'equa e libera colleganza. Ciò che è positivo viene fissato per atto di pura volontà, ed è mutabile secondo l'interesse e le circostanze comuni da cui fu dettato. Ecco il vero e fondamentale motivo, pel quale tutti i legislatori, senza tema di commettere viziose retroazioni, hanno variati i limiti ed i modi delle prescrizioni, secondo quello che credettero meglio.

CAPO VIII.

Osservazioni speciali sul precario *in relazione alle recate legislazioni. Estensione del principio inchiuso nel* precario.

§ 744. Esaminando tanto il testo del Diritto romano, quanto quello del Codice austriaco, troviamo accennato come *ostacolo* ad acquistare la *proprietà*, mediante atti possessorii, il *precario*. Ma che cosa è questo precario? Per qual motivo impedisce egli che si acquisti un titolo di proprietà mediante l'esercizio di atti possessorii? Prescindendo dalle ca-

gioni che viziano il consenso, dobbiamo forse tenere per regola, che tutte le altre cause che impediscono l'acquisizione per via di possesso si riducano al solo precario? Ecco le quistioni che conviene sciogliere succintamente, onde stabilire teoremi pratici in fatto di uso delle acque. Ripigliamo ad una ad una le quistioni proposte.

§ 745. I. Che cosa è precario? A questa domanda risponde il testo stesso della legge romana. « Precarium est quod precibus petenti utendum conceditur (tamdiu) quamdiu is qui concessit patitur. »

« § 1. Quod genus libertatis ex jure gentium descendit (1). »

« § 2. Et distat a donatione, eo quod qui donat sic dat, ne recipiat: at qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere. »

« § 3. Et est simile commodato; nam et qui commodat rem, sic commodat, ut non faciat rem accipientis, sed ut ei uti re accommodata permittat (2). »

§ 746. Secondo questo testo, ognun vede che trattandosi qui di una *espressa* concessione, la facoltà accordata deve rivestire il nome di *precario espresso*. Ora si domanda se possa esistere un *precario tacito* nella stessa guisa che esiste una tacita concessione, una tacita tradizione, ed altre simili facoltà acquistate da un padrone senza il ministero delle parole. A questa quistione risponde per noi il giureconsulto Paolo nel suo Libro *Receptarum sententiarum*, tit. 6. *De interdictis*, § 11. « Precario possidere videtur, non tantum qui per epistolam vel quacumque alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is, qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino, possedit (3). »

§ 747. Un esempio di questo *tacito precario* lo incontriamo sovente tanto in città, quanto in campagna, nei luoghi chiusi, o che si possono sempre chiudere a piacere dai proprietarii delle case e dei recinti. In essi infatti vediamo molte volte tollerarsi il passaggio attraverso ad un cortile, ad un recinto; tollerarsi eziandio che i vicini vengano a pigliar acqua, senza che alcuno pretenda per ciò di esercitare un diritto positivo di *servitù*. Diffatti questo diritto sarebbe smentito ad ogni momento

(1) " Magis ad donationis et beneficii causam, quam ad negotii contracti, spectat precarii conditio. " Leg. 4. Dig. *De precario*.

(2) Leg. 1. Dig. *De precario*.

(3) In molte edizioni, e specialmente in tutte le antiche, del testo giustinianeo non si trova soggiunto il Libro intitolato *Receptarum sententiarum* di Paolo; ma adoperando la più completa e più recente compilazione, corredata colle note di Dionigi Gottofredo e di altri, della celebre edizione di Magonza (ossia *Coloniae Munatianae, sumptibus fratrum De Tournes*, 1790), si trova il detto Libro di Paolo. Del rimanente osservo che questo testo di Paolo si trova nel Digesto al titolo *De precario*, § 16. Lib. II.

dalla costruzione stessa del luogo e delle porte o rastrelli, che si possono chiudere a piacere del proprietario, o dal coperchio del pozzo munito di serratura.

§ 748. Ma questo *tacito precario* può esistere in due maniere. La prima, in una maniera *tacita originaria*, di cui appunto parlò il giureconsulto Paolo, e della quale abbiamo ora offerti gli esempii. La seconda, in una maniera *tacita derivativa*, la quale si verificherebbe nel caso che essendo stato accordato un *precario* espresso a tempo limitato, dopo spirato il tempo suddetto venisse tollerato dal concedente l' esercizio della facoltà accordata col precario limitato. Di questa specie di *precario tacito derivativo* abbiamo un esempio nel testo stesso del Diritto romano. « Item qui precario ad tempus rogavit, finito tempore etiamsi ad hoc » temporis non rogavit, tamen precario possidere videtur; intelligitur » enim dominus, cum patitur eum qui precario rogaverit, possidere, » rursus precario concedere (1). »

Dalle quali cose apparisce che cosa sia il *precario*, e che ne esistono due specie : l' una *espressa*, e l' altra *tacita*. La *tacita* poi può essere tale o in origine, o per derivazione, secondo il senso già spiegato. Tutte queste maniere possono accadere, come accadono diffatti, nell'uso delle acque, e però si dovrà tener conto di tali distinzioni allorchè ci verrà fatto di esaminare molte pratiche quistioni (2).

§ 749. Qui si presenta una quistione subalterna, e consiste nel sapere se il Codice Napoleone abbia contemplato questo *precario*, ed in qual luogo. Forsechè coll' art. 2232 sopra recato, in cui si parla degli atti *facoltativi* e di semplice *tolleranza*, ha voluto alludere al *precario?* A questa speciale interrogazione si risponde negativamente. Gli atti qui contemplati sono propriamente quelli che diconsi *di semplice familiarità*, e non sono nè punto nè poco le facoltà racchiuse e intese dai

---

(1) Leg. 4. § 4. Dig. *De precario.*

(2) Credo inutile spiegare che cosa fosse la *precaria acquisizione*, denominata anche col nome assoluto di *precaria* nelle leggi feudali e canoniche, perocchè essa cessò d'essere in uso. Ciò non ostante chi bramasse istruirsi su questo punto potrà consultare quanto ne disse Francesco Ottomanno nel suo libro *De verbis feudalibus*, il quale si trova anche unito al così detto *Lexicon Juris* di Barnaba Brissonio, nell' ediz. del Wechel, Francof. 1587.

Molto affine alla *precaria* feudale e canonica è il vario senso accennato nel Repertorio di Merlin colle seguenti parole. " Dans „ l'usage on se sert de ce terme *precaire* pour „ exprimer en général toute autre possession, „ que celle du proprietaire. Celui qui possède a titre du prét, d' usufruit, de nantissement, le mari, la douarière, celui qui fait „ les affaires d' un absent, les tuteurs, curateurs, sindices, economes, administrateurs, „ sequestres, et généralement tous ceux qui „ possedent pour autrui, sont dits n'avoir que „ une possession *precaire*. „ Ringraziamo il cielo di non avere adottato questa confusione antilogica.

giureconsulti col nome di *precario*. Di ciò fa testimonianza tanto il Repertorio del sig. Merlin, quanto l'esposizione dei motivi di questo articolo presentata dall'oratore del Tribunato. « La *familiarità*, dice il primo, » è una specie di precario tacito. Gli atti che ne derivano suppongono » un tacito consenso che non è espresso, ma che è senza conseguenza; » perocchè con questi atti non si acquista nè diritto nè possesso, per » la ragione che colui, sotto il cui beneplacito vengono praticati, rimane » sempre padrone di farli cessare quando a lui piace. »

Invano dunque voi sareste venuto pel corso di venti, trenta, cinquanta o cento anni, sia ad alloggiare, sia a pranzare in casa mia. La compiacenza ch'io ebbi di accogliervi e di regalarvi non formerà mai un titolo per voi, e questa compiacenza non vi attribuirà mai il diritto di obbligarmi a continuare allorchè non mi parrà più di farlo. Questa è, come abbiamo già osservato, la dottrina del Panormitano, e non v'ha scrittore alcuno dal quale non venga approvata. Essa anzi (soggiunge qui il sig. Merlin) è stata eretta in legge espressa dall'art. 2232 del Codice Napoleone colle parole: « Gli atti di pura facoltà e quelli di sem» plice tolleranza non possono fondare nè prescrizione, nè possesso. »

Quanto poi alla spiegazione dell'oratore del Tribunato, ecco le di lui parole. = Gli atti di pura facoltà (porta l'art. 2232) e quelli di semplice tolleranza non possono fondare nè possesso, nè titolo. = « Dispo» sizione morale, la quale cattiva maniere obbliganti. Quanti buoni uf» ficii di vicinanza verrebbero ricusati, se una semplice tolleranza potesse » col lasso del tempo diventare un titolo di servitù! Questa disposizione » terrà luogo della savia costumanza di Normandia, la quale voleva che » niuna servitù si potesse acquistare senza un documento formale (1). »

§ 750. Dalle quali cose consta positivamente che coll'art. 2232 il Codice Napoleone non ha voluto fare allusione alla specie di *precario* definita e contemplata tanto dal Diritto romano, quanto dal Codice austriaco, ma ha avuto in mira soltanto gli atti così detti *di familiarità*. In qual luogo adunque ha egli contemplato questo *precario* come incompetente a procacciare, mediante il possesso, il dominio delle cose? A tale domanda si risponde, che egli lo ha contemplato nell'art. 2229 in una maniera esclusiva, volendo che il possesso portante titolo venga fatto *a titolo di proprietà*. Con siffatta locuzione non solamente si esclude il *precario* suddetto, ma qualunque altro modo di possedere, il quale non

(1) *Code civil des Français. Exposé des motifs*, Tom. VII. pag. 166. Paris, chez Firmin Didot, 1804.

racchiuda questo titolo o come fondato o come assunto dal possessore. Con ciò si provvede meglio ai varii casi, e si escludono tutte quelle maniere di possesso, le quali sono per sè incapaci a procacciare il dominio.

§ 751. E qui subalternamente considerando le condizioni richieste dal citato art. 2229, troviamo tutti gli elementi che sono necessarii tanto per far presumere il *tacito consenso*, quanto per non isbagliare circa la *tendenza* del possesso esercitato. Colla *pubblicità* si esclude l'ignoranza; col *non equivoco* si esclude l'inganno; col *pacifico* si esclude da una parte la violenza, e s'inchiude dall'altra la connivenza di chi può avere interesse in contrario. Coll'art. poi 2233, nel quale si fa menzione degli atti di violenza, si rende manifesto che la parola *pacifico* si riferisce all'adesione dell'interessato in contrario, e vuole esprimere che il corso del possesso non sia stato *contraddetto* da chi aveva interesse in contrario. Le due idee di *violenza* e di *contraddizione* non si suppongono scambievolmente. Diffatti può darsi che un possesso sia esercitato senza violenza, e che la persona interessata in contrario non acconsenta all'esèrcizio degli atti possessorii. La contraddizione anche semplicemente verbale, purchè consti formalmente, toglie al possesso avversario la qualità di *pacifico* voluta dalla legge; ed anzi questo è un mezzo, col quale tutte le legislazioni d'accordo dichiararono venire *interrotta* la prescrizione, ossia il diritto fermo ed irrevocabile di possedere una data cosa qualunque.

§ 752. Dunque se l'*assenso* si manifesta anche colla tolleranza libera e con coscienza informata, il *dissenso* si può manifestare anche con atti di fatto, pei quali s'interrompe il possesso incominciato da altri. Questi atti esclusivi debbono essere *non equivoci*, al pari degli acquirenti. Così, ad esempio, se per un dato tempo, prima del quale non corre prescrizione, taluno si fosse servito di un'acqua totalmente mia, ed io ne chiudessi la sortita verso di lui, con quest'atto interromperei certamente il possesso, e dimostrerei il mio dissenso a contrarre, mediante gli atti avversarii, la servitù progettata. Così pure se passando il mio vicino pel mio fondo senza verun titolo antecedente, io chiuda assolutamente il passaggio, manifesto egualmente il mio dissenso, ed interrompo gli atti di possesso avversario valevoli col lasso del tempo ad acquistargli il diritto.

§ 753. Ciò che vien fatto con questi atti esclusivi, molto più viene effettuato colla formale contraddizione verbale significata al preteso possessorè in contrario. Tutte le legislazioni sono d'accordo su questo punto. Se c'è varietà fra l'una e l'altra, essa non cade sul *fondo* della cosa, ma semplicemente sul *modo di far constare* della contraddizione emessa

dal padrone competente, o da chi lo rappresenta. Questo modo non appartenendo al diritto in sè stesso, ma semplicemente al *mezzo della prova*, riesce cosa meramente positiva e di pura formalità.

§ 754. II. Fu domandato in secondo luogo, per qual motivo il *precario* impedisca che si acquisti un titolo di proprietà mediante l'esercizio di atti possessorii. Pronta e breve è la risposta. Col *precario* il possessore possiede la cosa in un modo *rivocabile a piacere* del concedente il *precario*. Ma questa rivocabilità ripugna essenzialmente colla proprietà. Dunque, essenzialmente per la natura stessa della cosa, il possesso precario esclude eternamente l'acquisizione della proprietà. Posto il no, si esclude essenzialmente il sì. La proprietà, come altrove fu osservato, esclude di sua natura la rivocabilità del dominio a beneplacito di altri. Dunque posto in fatto il possesso a titolo di precario, ripugna assolutamente il possesso a titolo di proprietà.

§ 755. III. Fu domandato in terzo luogo, se le altre cause, tranne quelle che viziano il consenso, le quali possono impedire l'acquisizione del dominio per via di possesso, si restringano al solo precario. La risposta a questa domanda è già fatta dalle cose dette di sopra. Cento forme di materiale possesso o d'insistenza sopra una cosa possono verificarsi senza che il possessore eserciti i suoi atti *a titolo di proprietà*. Tutte queste forme, come fu già osservato, furono escluse anche dalle leggi positive. Ma tutte queste forme non sono racchiuse dal solo possesso precario, come fu già dimostrato: dunque a tale quistione deve rispondersi negativamente.

CAPO IX.

Se il requisito del giusto titolo sia, secondo l'ultimo stato del Diritto romano, necessario nella usucapione dell'acquedotto.

§ 756. Prima di procedere oltre sono costretto a chiamare ad esame un' opinione risguardante il Diritto romano, la quale in ultima analisi andrebbe a colpire tutti i fondamenti di ragione e di autorità in materia di usucapione e di prescrizione di acquedotto, e di qualunque altra servitù. Questa opinione esposta dal Vinnio, e adottata dal Pothier, sembra essere stata almeno in parte adottata anche dal Voet. « Si tratta di sapere se le *servitù*, e precipuamente quelle di acquedotto, nell' ultimo stato della romana legislazione, in punto di usucapione e di prescrizione, siano state perfettamente *pareggiate* a quelle dei beni stabili, oppure se fra quelle e queste sia stata indotta *differenza* quanto al requisito del *giusto titolo*. »

Nella legge 2. del Codice, sotto il titolo *De servitutibus et aqua*, leggesi un rescritto dell'imperatore Antonino ad un certo Marziale, in data del 1.° Luglio del Consolato di Leto e Cereale, corrispondente all'anno 216 dell'êra cristiana, e quindi anteriore per lo meno di 300 anni alle leggi di Giustiniano, colle quali fu innovato ossia riformato il sistema delle usucapioni e delle prescrizioni. Questo rescritto è concepito come segue. « Si aquam per possessionem Martialis *eo sciente* duxisti, » servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti. Quod si » ante id spatium ejus usus tibi interdictus est, frustra sumptus in ea » re factos praestari tibi postulas, cum in aliena possessione operis facti » dominium quoad in eadem causa manet, ad eum pertineat cujus est » possessio. »

§ 757. Leggendo questo rescritto che cosa rileviamo noi? Due particolarità. La prima, che il *tempo* assegnato alla usucapione o prescrizione dei beni stabili viene accomunato alle servitù, e propriamente a quella dell'acquedotto. La seconda, che se prima del termine fissato alla prescrizione indotta colla scienza del proprietario il possesso fu *interdetto* dal padrone del fondo stesso assoggettato, tutte le costruzioni fatte per condur l'acqua si devolvono al padrone del fondo, senza che il preteso dominante possa pretendere il rimborso di queste spese.

§ 758. Ma esaminando più minutamente il *fatto* supposto da questo rescritto, che cosa troviamo noi? Null'altro che il puro fatto della *condotta*, senza che venga accennato se questa siasi incominciata per via di un contratto formale con un *terzo non padrone*, oppure se siasi incominciata per un colpo di mano del conducente dell'acqua. Se consultiamo la *Synopsis Basilicorum* ed il compendio di Armenopolo, troviamo la seguente tesi (adattata per altro ai corti periodi usati prima di Giustiniano). « Servitutem aquae ducendae per triennium consentiente domino » aquam ducente adquirimus: ante triennium perfectum ducere a domino » prohiberi possumus: neque sumptus in eam rem factos ab eo petimus. » In questa tesi è chiaro che non si spiega se la servitù sia acquistata per un titolo perfetto contrattuale o no da un terzo non padrone; ma s'indica solamente il tacito assenso del padrone, il quale può verificarsi in tutti i casi di usucapione e di prescrizione. Ciò è tanto vero, ch'egli prima dello spirare del triennio può non solamente interdire questa condotta di acqua, ma negare eziandio di risarcire le spese fatte, anche a fronte del supposto tacito suo consenso. Venendo ora al riportato rescritto di Antonino, osserviamo che contemplandosi i soli rapporti fra l'utente dell'acquedotto e Marziale, l'Imperatore contemplava il caso di

un mero possesso esercitato con scienza e pazienza di Marziale, e però che qui possiamo essere tanto nel caso d'un possesso proprio dell'*usucapione*, quanto nel semplice caso della *prescrizione*, e di una prescrizione incominciata appunto col puro possesso di fatto accompagnato dalla scienza e pazienza del padrone del fondo assoggettato. Dunque siamo sempre nel caso di un' acquisizione per possesso *non vi*, *non clam*, *non precario*, esercitato per un certo tratto di tempo. Questo viene pareggiato alle prescrizioni dei fondi stabili. Dunque per senso inverso l'Imperatore giudicò che il possesso con scienza e pazienza del padrone, esercitato per un dato tempo, è capace a procacciare il dominio della cosa. Come sopra fu veduto, decise così anche il Pretore.

§ 759. Malgrado tali osservazioni, io trovo a questa legge apposta la seguente nota del Pothier: « Comparat servitutes cum rebus immobilibus, dumtaxat ratione temporis quo per praescriptionem acquiruntur; » ut recte observat Vinnius. Quasi diceret: acquiruntur eo tempore, quo » res immobiles in provinciis sitae. Caeterum a rebus corporalibus differunt, quod res corporales citra titulum non acquiruntur longi temporis praescriptione. Servitutes autem acquiruntur hac praescriptione: » aut cum titulo, si qui praedii dominus non erat servitutem constituerit, et usus sit etiam ignorante vero domino; aut citra titulum, si dominus praedii nesciens per totum hoc tempus uti passus sit. Ita Vinnius (1). »

§ 760. Esaminiamo attentamente la tesi esposta in questa nota occasionale. In primo luogo il Pothier dice, che i fondi non si acquistano colla prescrizione di lungo tempo senza un titolo. Dunque è chiaro che qui il nome di *prescrizione a lungo tempo* è sinonimo perfetto di USUCAPIONE. In secondo luogo dal Pothier viene accordato che l'acquisizione delle servitù per via di usucapione, *quanto al tempo*, viene pareggiata a quella delle cose immobili. Quanto poi al *modo*, egli stabilisce una differenza. Questa differenza in che consiste? Essa consiste, secondo l'opinione di Vinnio adottata dal Pothier, nel potersi le servitù acquistare tanto *con titolo*, il quale sebbene involga una concessione incompetente, perchè fatta da chi non era padrone, pure è fatale contro un vero padrone, il quale NON SAPPIA d'essere aggravato da una servitù; quanto *senza titolo*, ma colla scienza e pazienza degli atti possessorii esercitati da altri sul fondo di nostra proprietà.

---

(1) Pothier, *Pand.*, Lib. VIII. Tit. 1. art. 3, § 1. n.° 24.

§ 761. Da ciò viene, che secondo questi scrittori nel Diritto romano dovrebbero esistere per le servitù prediali due specie di *usucapione*, ossia di prescrizione a lungo tempo, oltre la perentoria prescrizione di lunghissimo tempo. Queste due usucapioni di *eguale durata* dovrebbero essere entrambe ugualmente operative di dominio con cause precisamente *contrarie*. Coll' una se un impostore, fingendosi padrone, mi vende una condotta d'acqua, io a capo di tanti anni ne acquisto il dominio, malgrado che il padrone *non sappia* nulla. Coll'altra se io, per un colpo di mano, ma *con scienza* del padrone, conduco un' acqua, o esercito altra servitù, in capo dello stesso tempo ne acquisto il diritto irrevocabile. Dopo tutto questo poi rimane la lunghissima prescrizione, che pone fine a tutto.

§ 762. Ma questa opinione può essa veramente reggere sì in linea di *ragione*, che in linea di *autorità positiva?* Quanto al primo membro di questa quistione, rispondo *negativamente*, per le ragioni ampiamente esposte di sopra. Diffatti ripugna alla ragione, che si possa acquistare un diritto contro l' altrui proprietà, senza che il proprietario si possa in alcun conto difendere, onde interrompere un usurpativo possesso altrui. Ma se fosse vero che un possessore titolato per un contratto fatto o per una qualunque concessione di *un terzo non padrone* potesse privare il vero proprietario *a di lui insaputa* del proprio dominio, si verificherebbe appunto il caso di spogliare un padrone, senza che abbia il potere di contraddire. Dunque in linea di ragione non regge nè punto nè poco la tesi, colla quale si stabilisce che si possa acquistare una servitù *titolata* coll' *ignoranza* del vero padrone. L' ignoranza, della quale si parla qui, non è l' ignoranza nata da incuria, della quale non si tien conto in giurisprudenza, ma bensì quella che produce una giusta causa onde interrompere la prescrizione, sia principale, sia sussidiaria, sia propria dell' usucapione, sia propria del perpetuo silenzio imposto ad un proprietario.

§ 763. Certamente se si potesse far agire la legge così tirannicamente, si potrebbe dar luogo alle distinzioni qui prodotte. Ma tutti i principii di ragione naturale respingono ogni usucapione o prescrizione, nella quale la *incolpabile ignoranza* del vero padrone viene posta in non cale, e non viene considerata come ostacolo contro gli attentati diretti a togliergli la proprietà dei beni. Io non abbisogno di estendermi ulteriormente, dopo le cose ampiamente discorse nei Capi precedenti.

§ 764. Passiamo ora a vedere se questa distinzione si possa sostenere in linea di autorità positiva. Qui il Pothier si rimette al Vinnio. Consultiamo dunque i motivi addotti dal Vinnio. Egli, dopo avere esposte

tanto le vicende quanto le comuni teorie delle usucapioni e delle prescrizioni, e dopo aver contemplato lo stabilimento ordinario e contrattuale delle servitù, passa ad esporre que' modi nei quali si fa intervenire il sussidio del tempo. Questi, secondo lui, si riducono a due. Col primo si stabilisce una servitù mediante concessione esplicita fatta da un terzo *non padrone;* col secondo poi mediante apprensione tacitamente acconsentita dal padrone del fondo. Quanto al primo modo il Vinnio soggiunge: « Et quia hic possessionis initium est a *non domino* praedii, ideo » etiam *titulus* hic necessarius est. At contra *ignorantia* dominum *nihil* » *juvat,* uti nec in usucapione rerum corporalium (1). » E qui cita in appoggio la legge ult. Cod. *De praescript. longi temporis.* Secondo il Vinnio dunque, tanto nella usucapione dei beni, quanto nella usucapione delle servitù, si può acquistare un diritto irrevocabile di proprietà, sia del fondo, sia della servitù attiva, in onta alla ignoranza del vero padrone. Ma chi autorizzò il Vinnio a questa spietata conclusione? La legge ultima (ei risponde) ora citata. Ma è poi vero che questa legge stabilisca una tesi cotanto violenta, e spogliatrice del diritto dei proprietarii? Veggiamolo. Questa legge è di Giustiniano, ed è senza data. Essa dichiara nel suo esordio di volere appianare tre difficoltà risguardanti la prescrizione *di lungo tempo* anteriormente stabilita: la prima a cagione della situazione delle cose; la seconda a cagione della presenza o assenza delle persone; la terza rapporto al domicilio in una stessa o in diverse provincie. Quindi conclude: « Sit igitur secundum hanc definitionem » *causa perfectissime composita*, et nemo posthac dubitet neque inter » praesentes, neque inter absentes quid statuendum sit: ut *bono initio* » possessionem tenentis, et utriusque partis domicilio requisito sit expe» dita quaestio pro rebus ubicumque positis: *nulla scientia vel igno»rantia expectanda*, ne altera dubitationis inexplicabilis oriatur occa» sio. Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales quae » in jure consistunt, veluti usufructus et caeterae servitutes. »

§ 765. Da questa legge di Giustiniano apparisce che l'azione del tempo qui ordinata dal legislatore è perfettamente pari tanto pei fondi stabili, quanto per le servitù. La *scientia vel ignorantia* non attendibile a qual proposito viene qui contemplata, ed a quali condizioni va essa soggetta? Io veggo prima di tutto il legislatore esigere che il possesso sia esercitato *bono initio.* Si è posto mente o no a questa condizione? Dobbiamo forse dimenticare le condizioni volute dal Pretore? Le condizioni

(1) *Selectarum quaestionum,* Lib. I. Cap. XXXI.

del *non clam*, *non vi*, *non precario*, e quindi la scienza e la potenza necessaria a contraddire, non sono forse dappertutto richieste dalle leggi tutte dello stesso autore? Che più? Non veggiamo noi forse che Giustiniano medesimo, lungi dal rendere sfrenata l'usucapione, l'ha nella Novella CXIX. resa vieppiù rigorosa? Come dunque potrebbe figurarsi ch'egli volesse autorizzare una usurpazione anche a fronte della *incolpabile ignoranza* del proprietario spogliato? A che proporre il lungo corso degli anni per soccorrerlo, e poi negargli la potenza di agire? Questa mostruosità e questa contraddizione non si può ragionevolmente figurare.

§ 766. Come dunque si può spiegare la cosa? Essa si spiega facilmente, quando abbiamo il buon senso di ponderare tutto il contesto della legge. Considerandolo con un po' di attenzione, ci avveggiamo tantosto che Giustiniano si occupò della facilità o difficoltà di *sapere* le usurpazioni che possono avvenire in conseguenza soltanto della *prossimità* o *lontananza* di un padrone dal luogo nel quale sono situati i suoi poderi. Contemplando queste posizioni, egli procurò di provvedere tanto alla sicurezza degli acquirenti, quanto a quella dei possidenti. Egli quindi dice in sostanza: « Siccome per la scienza o ignoranza, che può sorgere » dalla presenza o dall'assenza, dalla vicinanza o lontananza, io ho provveduto colla presente legge; così se si volesse far agire in futuro l'ignoranza *derivante da queste cause*, non si dovrà più dar retta a questa » scusa. » Tutto il contesto della legge conduce ad interpretare così le parole *nulla scientia vel ignorantia expectanda*. Se diffatti è vero che la conclusione non deve essere più estesa della sua causale, e se dall'altra parte è pur vero che coll'ampliare questa conclusione si rovescierebbero tutti i fondamenti di ragione e di autorità stabiliti; egli è per sè manifesto che noi siamo assolutamente obbligati ad ammettere tale interpretazione restrittiva sopra allegata, e a rigettare la mostruosa e tirannica interpretazione attribuita dal Vinnio a questa legge.

§ 767. L'ignoranza qui accennata da Giustiniano è l'ignoranza *specifica* motivata dalla sola *lontananza*. La ignoranza intesa dal Vinnio è l'ignoranza *generica* derivante da qualunque cagione. La generica comprende tanto l'incolpabile, quanto la voluta. Essa abbraccia anche quella che viene indotta dal dolo, dalla frode, dal delitto d'un malvagio usurpatore, ec. ec. L'ignoranza specifica per lo contrario, motivata dalla *sola* lontananza, limitata entro la provincia stessa, per sè non può essere scusabile, perchè ogni diligente padre di famiglia può agevolmente nel corso di molti anni sapere lo stato delle sue proprietà. Altro dunque non opponendosi che questa scusa, il proprietario non deve essere esaudito.

Diciamo di più: ogni quistione intorno siffatta ignoranza o scienza non si deve nemmeno porre in campo.

§ 768. Sopra ho ricordato la Novella CXIX. Ecco il caso. Pietro, che possiede un bene di mala fede, lo vende a Paolo, ma di nascosto. Ecco un *titolo* giusto. Marco, vero padrone, *ignora* l'usurpazione e la vendita. Secondo Vinnio, passati dieci anni, Marco non potrebbe più reclamare. Che cosa decide Giustiniano? Tutto al contrario. Egli decide che Marco non viene privato del diritto a reclamare se non in capo a trent'anni. Quando è dunque che Marco in capo a dieci anni può perdere il diritto di reclamare? Precisamente quando è reso *consapevole* della fatta usurpazione. Questa è la decisione della Novella CXIX. Concilii, se può, il Vinnio questa decisione colla tesi che l'usucapione dei beni e delle servitù, ossia la prescrizione *titolata*, corra e si compia in dieci anni, malgrado l'*ignoranza* del vero padrone. Vinnio vuole che l'ignoranza *non giovi*, spirati i dieci anni, al proprietario; e Giustiniano stesso, autore della legge anteriore (in cui dice: *nulla scientia vel ignorantia expectanda*), dichiara precisamente il contrario.

A che dunque si riduce tutta la forza di queste parole? A ciò, che attesa la semplice lontananza portata e determinata dalla legge, non si potrà presumere una ignoranza scusabile, e valevole ad interrompere l'usucapione o la prescrizione; e per conseguenza, che le quistioni intorno la scienza o l'ignoranza PER SIFFATTE CAGIONI dovranno rigettarsi come incompetenti.

Con questa interpretazione cessa una seconda classe di usucapioni, ignota totalmente alla romana giurisprudenza; con questa interpretazione si toglie alle usucapioni aventi titolo la feroce potenza loro attribuita da lodati scrittori; con questa interpretazione si evita l'assurdo di pervertire la natura delle prescrizioni meno lunghe, e di renderle più inesorabili che le lunghissime.

§ 769. Il Vinnio prosegue il suo discorso, onde dimostrare la seconda specie di usucapione; e si vale della legge risguardante l'acquedotto, da noi sopra allegata, Capo VI. Ma qui possiamo domandare al Vinnio per quale ragione egli trasporti all'usucapione una legge che intieramente appartiene alla *prescrizione* propriamente detta. È vero, o no, che questa legge è tratta da Ulpiano? È vero, o no, che al tempo di Ulpiano l'usucapione distinguevasi dalla lunga e perentoria prescrizione, sia per la quantità del tempo, sia per le condizioni che erano necessarie alla sua origine? L'*exceptio longae possessionis*, ricordata dallo stesso Ulpiano nella legge 5. Dig. *De temporalibus praescr.*, si riferisce o no alla pre-

scrizione principale? Ora nella legge allegata dal Vinnio si parla appunto di questo *lungo* possesso. Dunque il caso ivi contemplato, secondo Ulpiano, deve essere regolato non dalle leggi della usucapione, ma da quelle della lunga prescrizione.

Forsechè la funzione dell'ultima prescrizione si riduce solamente ad un effetto *negativo?* Forsechè ella non avvalora un possesso senza titolo, ossia incominciato col fatto solo del possesso (1)? E perchè ciò? Appunto perchè, avendo cominciato in una maniera non *plausibile*, abbisognò d'essere coperta da quelle prescrizioni che dopo lungo tempo impongono silenzio a tutti quelli che avevano motivo di querelarsi d'una usurpazione, e tacquero, benchè avessero o potessero aver notizia della usurpazione. Quando esiste un contratto, si ha una presunzione che sia stato concordato da persone dotate di autorità. Conviene provare il contrario per disfare un titolo. Ma quando veggo e suppongo un possesso preso con un colpo di mano, non posso dissimulare il vizio della sua origine. Come dunque potrei assoggettare alla stessa guarentigia l'una e l'altra maniera di acquisizione?

§ 770. Eppure questo è il risultato preteso dal Vinnio. Secondo lui, la usucapione dovrebbe correre coll'ignoranza, e quindi coll'impotenza del proprietario a sottrarsi da una servitù. Più ancora: un possesso incominciato con un colpo di mano, ma proseguito *non vi*, *non clam*, *non precario*, non dovrebbe cadere sotto l'impero delle più lunghe prescrizioni, ma formare una seconda specie di usucapione. Dico *una seconda specie di usucapione*, perocchè le possessioni di *lungo tempo* di Giustiniano non sono altro che le usucapioni degli stabili aumentate di tempo (2); e le *lunghissime* di questo legislatore non sono che le prescrizioni *perentorie* o di *lungo tempo* degli anteriori (3). Ma se è vero che

(1) « In specie *praescriptionis* appellatio» ne veniunt *temporales* praescriptiones seu » exceptiones quae actori objiciuntur, ut ab » agendo excludatur eo quod non egit intra » tempus a lege definitum » (ecco la funzione *repellente*, e rispettivamente *liberante*). « Si» cuti *res praescribitur* quae definito per le» ges tempore possessa et ab alio non repetita fuit » (ecco l'altra funzione *placitante*, e attribuente dominio irrevocabile). Voet *ad Pandectas*, Lib. XLIV. Tit. 3. n.° 1.

(2) « Justinianus (dice il Pothier) *lon*» *gi temporis possessionem* in usucapionem » transfusit, constituitque ut *praedia* provin» cialia, quae usucapi non poterant, nec non » res *incorporales* jam possent usucapi. »

« Usucapionis autem *tempus* prorogavit. » Nimirum ut res *mobiles* nonnisi *triennio* » continuo; res autem *immobiles*, aut quae » tales intelliguntur (puta *jura in re immo*» *bili*), *decennio* inter praesentes, *vicennio* » inter absentes usucaperentur. » Leg. unic. Cod. *De usucap. transformanda*. Pothier *Pandectae*, Lib. XLI. Tit. III. Sect. ult.

(3) « Justinianus hic legitimam seu *lon*„ *gum* tempus inflectit ad triginta annos. »



il caso dell'acquedotto contemplato da Ulpiano, secondo la giurisprudenza d'allora, fu sottoposto alle prescrizioni di *lungo possesso* vigenti a' suoi tempi, egli è per sè manifesto che dopo la riforma di Giustiniano questo caso cade sotto la prescrizione di *lunghissimo tempo*. La prova è evidente. La prescrizione trentennaria è necessaria per assicurare un possesso incominciato *senza titolo* (1). Ma così è, che nel caso contemplato dal Vinnio si tratta di un possesso incominciato senza titolo: dunque questo caso cade sotto la trentennaria. Ritorcendo poi, sorge il seguente argomento. Nel caso allegato non si prescrive fuorchè con un possesso pacifico, palese, continuato, e non contraddetto: dunque tali condizioni sono necessarie alla trentennaria. Tolta così di mezzo l'opinione del Vinnio, tutto procede nel modo da noi dimostrato.

CAPO X.

Disposizioni relative del Codice Napoleone.

§ 771. Nel Codice Napoleone trovo i seguenti articoli:

« Les servitudes continues apparentes s'acquirent par titre, ou par » la possession de trente ans (art. 690). »

« Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discon- » tinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir *que par* » *titres* (2). »

« La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir; » sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de » cette nature *déjà acquisés* par la possession, dans les pays où elles » pouvaient s'acquérir de cette manière (art. 691). »

« La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitu- » des continues et apparentes (art. 692). »

« Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé, » que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même pro- » prietaire, et que c'est par lui, que les choses ont été mises dans l'état » duquel résulte la servitude (art. 693). »

Vide Cujacium 18, *Observ.* 27. — Questa nota è di Gottofredo alla leg. 1. Cod. *De praescript.* 30 *vel* 40 *annorum.*

(1) Il Pothier esponendo nell'Appendice la dottrina della *trentennaria* dice: « Locum „ habet quoties usucapio aut longi temporis „ praescriptio locum habere non potest, vel „ propter *rei vitium* quae furtive aut vi possessa foret, vel propter *defectum tituli*, „ aut bonae fidei in possessione. Tueturque „ possessorem per exceptionem quam ei tribuit adversus dominum qui hanc rem vindicaret. » Lib. XLI. in fine.

(2) Si noti bene questa locuzione plurale.

« Si le proprietaire de deux héretages, entre lesquels il existe un » signe apparente de servitude, dispose de l'un des héritages sans que le » contrat contienne aucune convention relative; elle continue d'exister » activement ou passivement en faveur du fond aliéné, ou sur le fond » aliéné (art. 694). »

§ 772. Perchè avete voi recato qui il testo francese, invece dell'italiano, di questi articoli? A tale interrogazione (che mi può venir fatta dal lettore) rispondo, che ho recato in mezzo il testo francese, perchè ho trovata viziosa la traduzione italiana. Viziosa dove? Nella idea principale che si doveva fedelmente esprimere, e senza la quale si sovverte tutta la disposizione della legge. Questa idea principale qual'è? Quella che il testo francese ha voluto esprimere colle parole *par titres*. Ecco diffatti come il traduttore o i traduttori italiani hanno espresso l'art. 690. « Le servitù continue non apparenti, e le servitù discontinue, siano o non » siano apparenti, non possono stabilirsi che mediante *un titolo.* » Così pure nei seguenti articoli la parola *titre* è sempre stata tradotta colla parola *titolo*. Qualunque giureconsulto italiano che legga questa traduzione, che cosa deve intendere? Forse che qui il legislatore abbia voluto esprimere che le servitù discontinue apparenti o non apparenti s'acquistano solo con un *atto espresso documentato?* No certamente, perocchè nel linguaggio legale italiano la parola *titolo* viene presa nel senso delle leggi romane, vale a dire o come *causa di possesso*, o come *causa per trasmettere il dominio* di una cosa (1). Ora, perchè esista questa causa, non s'intende necessariamente che debba intervenire un *formale documento*, ma basta che esista qualunque mezzo, dal quale possa derivare la causa del possesso o della trasmissione del dominio. Assumendo adunque la traduzione italiana come sta, fa nascere una confusione logica e legale; perocchè il possesso mediante contratto non iscritto colle sue condizioni, come sopra fu osservato, involge per sè stesso il titolo.

Chiunque è mediocremente informato del linguaggio legale francese, sa che la parola *titre* viene assunta in due sensi diversi. Il primo è comune appunto al senso legale italiano, ed è forse il meno usato; il secondo poi esprime un *atto formale scritto*, col quale si prova una data convenzione, una data concessione, un dato contratto, una data dichiarazione di fatto, una data relazione, ec. ec.; in breve, colla parola *titre*

(1) *Titulus* (dice il Brissonio) *causam possessionis significat.* Leg. 1. Dig. *Pro socio juncta.* Leg. 3. § ult. Dig. *De adquirenda possessione.* Leg. 13. § 1. *De petit. haereditatis.* Leg. 2. et 11. Cod. eod. titulo. Leg. ult. Dig. *Si quis omissa causa test. significat et causam transfer. dominii.* Leg. 24. Cod. *De rei vindicat.* Leg. 22. Cod. *Famil. arciscund.*

si esprime ciò che le leggi romane compresero sotto il nome di *instrumenta et de fide instrumentorum* (1).

§ 773. In prova di questa osservazione ecco quanto dice il Repertorio del Merlin alla parola TITRE. « C'est l'*acte*, qui sert à établir quel» que droit, quelque qualité .... *Titre* se dit aussi la *cause*, en vertu de » la quelle ou on possède, ou on réclame une chose. » La parola *titre* viene assunta evidentemente nel primo senso dallo stesso Codice Napoleone, art. 2263. « Après 28 ans de la date du prémier *titre*, le debi» teur d'un rente peut être contraint à fournir à ses frais un titre nou» vel à son créancier ou à ses ayants-cause. » Come fu tradotto nell'italiano quest' ultimo articolo? Eccolo. « Il debitore di una rendita può es» sere astretto a somministrare a proprie spese un nuovo *documento* al » suo creditore, o agli aventi causa da esso, dopo ventotto anni dalla » data dell' ultimo *documento*. » Da questa traduzione apparisce essere stato riconosciuto che colla parola *titre* si accennano anche i *documenti* comprovanti un diritto acquistato in qualunque maniera. Da ciò la quistione del senso della parola *titre*, negli articoli surriferiti, diventa ancora più grave. Ma ogni dubbiezza vien tolta leggendo i discorsi degli oratori del Governo e del Tribunato, i quali hanno indicato che nei citati articoli col nome *titre* la legge non ha voluto dinotare la causa del possesso della trasmissione del dominio, ma bensì i *documenti* che esprimessero lo stabilimento della servitù. Diffatti essi adoperano continuamente il nome plurale *par titres*, e da tutto il contesto poi del discorso degli oratori suddetti si vede che con quegli articoli si volle appunto esigere un *atto formale* scritto, a fine di escludere l'acquisizione del diritto anche mediante il possesso immemorabile. « C'est avec raison que le Pro» jet déclare que telles servitudes ne peuvent s'établir que *par titres*, et » que la possession, même immémoriale, ne peut en tenir lieu (2). »

CAPO XI.

Qual è l'effetto delle leggi suddette in relazione all' impero delle diverse legislazioni?

§ 774. Tale quistione viene sciolta dalle spiegazioni date dal signor Merlin, la dottrina del quale io amo di riportare, perchè ci somministra nello stesso tempo la soluzione della quistione sull'unione dei tempi del-

(1) Vedi le Pandette del Pothier alla parola *instrumentum*, sotto il titolo *De verborum significatione*. — (2) *Exposé des motifs*, Tom. IV. pag. 136.

l'impero delle due legislazioni, in quanto concerne le servitù continue ed apparenti.

« A qual legge ci atterremo noi per determinare i diritti risultanti » da un possesso *incominciato* prima del cangiamento sopravvenuto nel» la legislazione, concernenti tanto la *prescrittibilità* della cosa che ne » forma l'oggetto, quanto le *condizioni* richieste per prescrivere? »

« Circa questo punto conviene distinguere se al momento in cui » apparve la nuova legge, la prescrizione era *compiuta* in forza della » legge, sotto l'impero della quale il possesso incominciò; oppure se » questa prescrizione *non era* ancora compiuta. Nel primo caso non » v' ha dubbio alcuno che la prescrizione non conservi il suo effetto. » Questa è la conseguenza necessaria del principio, che le nuove leggi » non possono retroagire. » Per la qual cosa il Codice Napoleone decidendo nell' art. 691 che il possesso anche immemorabile non basta per istabilire le servitù continue non apparenti, nè le servitù discontinue, siano o non siano apparenti, soggiunge: « senza che si possa ciò non» ostante impugnare in oggi la servitù di questa specie *già acquistata* » mediante la prescrizione nei paesi ne' quali si potevano acquistare per » questo mezzo. »

« Nel secondo caso poi conviene suddistinguere: o la legge, sotto » l'impero della quale il possesso incominciò, non *differisce* dalla nuova » legge se non per lo *spazio di tempo* necessario per acquistare la pre» scrizione; oppure vi ha opposizione fra l'una e l'altra legge intorno la » *prescrittibilità* della cosa posseduta. » Nel primo caso il Codice Napoleone all' art. 2281 vuole « che le prescrizioni incominciate all'epoca » della pubblicazione di quest' articolo siano regolate a norma delle leggi » anteriori. Ciò non ostante (egli soggiunge) le prescrizioni incomin» ciate allora, e per le quali abbisognerebbero ancora, secondo le an» teriori leggi, più di trent' anni, da contarsi dalla stessa epoca, saranno » compiute col lasso di trent' anni. »

» Nel secondo caso poi convien fare un' altra suddistinzione. O la » legge anteriore differisce dalla nuova, in quanto che la nuova permette » di prescrivere ciò che l'antica dichiarava imprescrittibile; od esse dif» feriscono l'una dall' altra, in quanto la nuova legge dichiara impre» scrittibile ciò che l' antica permetteva di prescrivere. Nel primo caso il » possesso incominciato prima della nuova legge *non può* essere valutato » per prescrivere sotto la medesima. Essendo vietato dalla legge anteriore » questo possesso, egli dev' essere riputato come se, durante il regime » della vecchia legge, non avesse mai esistito. La nuova legge, che au-

» torizza questo possesso, non potrebbe legittimarlo quanto al passato.
» Imperocchè, se ciò facesse, ella retroagirebbe, contro il principio, che
» le leggi nuove non hanno effetto retroattivo. Per la qual cosa i privati,
» i quali durante un tempo qualunque possedettero porzioni del pub-
» blico demanio, prima che l'art. 36 della legge 22 Novembre 1790 le
» avesse dichiarate prescrittibili, non possono prevalersi dell'anteriore
» possesso, per avventura da loro esercitato, per far concorrere la po-
» steriore prescrizione, avvegnachè durante l'anteriore legislazione il
» pubblico demanio non andava soggetto a prescrizione alcuna. » Ciò
viene espressamente confermato dall'ora citato articolo. « La prescrizione
» (esso dice) avrà luogo *in avvenire* pei demanii nazionali, l'alienazione
» dei quali viene permessa dai Decreti dell'Assemblea nazionale; e tutti
» i detentori di una porzione qualunque dei suddetti demanii, i quali
» giustificheranno di averne goduto o in persona propria, o mediante i
» loro autori, a titolo di proprietarii pubblicamente e senza contraddi-
» zione durante quarant' anni continui, *da contarsi dal giorno della*
» *pubblicazione del presente Decreto*, saranno al coperto da ogni ulte-
» riore molestia. »

« Nel secondo caso poi, suddistinto come sopra, il possesso eserci-
» tato sotto l'impero della legge anteriore perde del pari tutto il suo ef-
» fetto, attesa l'imprescrittibilità della nuova legge. Prendiamo per esem-
» pio l'art. 691 del Codice Napoleone, già sopra citato. Esso dichiara,
» come testè fu veduto, che le servitù continue non apparenti, e le ser-
» vitù discontinue, siano o no apparenti, non si possono stabilire che con
» documenti, ai quali il possesso stesso anche immemorabile non può
» supplire. Ora, prima della promulgazione di quest'articolo, v'erano
» paesi nei quali siffatte servitù si potevano prescrivere, sia col corso di
» trenta, sia col corso di quarant' anni, sia mediante l'immemorabile
» possesso. Si dirà perciò che in conseguenza dell'art. 2281 la prescri-
» zione di queste servitù, incominciata sotto le leggi anteriori, debba al
» dì d'oggi essere continuata secondo le leggi anteriori stesse? Come mai
» si potrebbe continuare una prescrizione cui l'art. 691 vieta assoluta-
» mente? Come mai si potrebbe acquistare, mediante possesso, una ser-
» vitù cui l'art. 691 dichiara non potersi più con questo mezzo acqui-
» stare? Come mai si potrebbe seriamente sostenere che col compiere
» una prescrizione incominciata non si acquisti il relativo possesso? »

« Invano si direbbe che l'art. 691 non può avere effetto retroattivo.
» Vano sarebbe del pari il dire, che coll'attribuire a quest' articolo la
» forza d'impedire il compimento della prescrizione cominciata sotto la

» legge anteriore, sia lo stesso che fare retroagire viziosamente la legge.
» LA LEGGE NON RETROAGISCE SE NON QUANDO ESSA TOGLIE DIRITTI IR-
» REVOCABILMENTE QUESITI PRIMA DELLA SUA PROMULGAZIONE. Per lo con-
» trario essa senza vizio di retroazione può togliere aspettative, speranze
» e diritti non ancora formati e non ancora acquistati (1). Ciò posto, che
» cosa è mai una prescrizione solamente incominciata e non finita? Essa
» non è altro che un' aspettativa ed una speranza che può essere distrut-
» ta per mezzo di semplici atti d'interruzione per parte di colui, con-
» tro del quale essa agisce. Ora ciò che può fare un particolare con atti
» d'interruzione, a molto maggior ragione lo può fare una legge me-
» diante una disposizione generale. »

« Infine, la quistione rimane testualmente decisa dallo stesso art. 691.
» Dopo aver dichiarato non prescrittibili le servitù delle quali trattiamo,
» egli soggiunge: = Senza che frattanto si possano impugnare le servitù
» di questa qualità, *già acquistate col possesso* nei paesi ne' quali po-
» tevansi acquistare per questo mezzo. = Le parole *già acquistate* non
» lasciano, come ognun vede, alcun dubbio; e non mantenendo ferme
» fuorchè le servitù *già acquistate*, il legislatore prescrive evidentemente
» ogni possesso, il quale all'epoca della promulgazione dell'art. 691 non
» fosse giunto per anche all'ultimo termine della prescrizione » (2).

CAPO XII.

Conseguenze per l'acquisizione dell'acquedotto.

§ 775. Primo caso. Prima della pubblicazione del Codice Napoleone Pietro aveva, per via di verbale intelligenza o concessione di Paolo non padrone, usato per lo spazio di nove anni di un' acqua estiva tratta dal canale di Antonio. Sopravvenne il Codice Napoleone, il quale interruppe

(1) Qui il sig. Merlin concorda perfettamente col principio del quale ho usato nella discussione della quistione della reversibilità dei feudi traditi, prima che si verificasse la condizione della loro reversione mediante l'estinzione della discendenza mascolina dell' investito (vedi Libro II. Capo XVI. della Parte I.). Qui dunque opponiamo il signor Merlin a lui medesimo, perocchè la speranza di una reversione non essendo che una mera aspettativa simile a quella dei fedecommessi, poteva certamente essere tolta dalla legge senza ledere i veri diritti di proprietà, e senza retroagire viziosamente. Se in materia di possesso e di prescrizione principiata dal possessore coi modi voluti dalla *legge* il nuovo legislatore può, senza vizio di retroazione e senza violare la proprietà, troncare il corso di questo possesso e renderne illusorio il compimento, con quanto maggior ragione non avrà egli l'autorità di render *nulle* le mere speranze di un' incerta contingibile vacanza per successione?

(2) *Repertoire*, verb. *Prescription*. Sez. I. § 3. n.° 8.

ed abolì il diritto di acquistare per via di atto non iscritto le servitù *discontinue*. Ciò non ostante Pietro continuò sotto l'impero del Codice Napoleone ad esercitare questo possesso. Insorge Antonio, e proibisce a Pietro l'uso dell'acqua. Pietro pretende di avere acquistato il titolo di usare dell'acqua estiva tratta dal canale di Antonio, e di non poter essere molestato nel suo possesso, perchè ne usò pubblicamente, pacificamente, e a titolo di padrone, pel corso di dieci anni e più. Si domanda se questa pretesa di Pietro sia sostenibile.

§ 776. La risposta è già fatta da quello che ora fu dimostrato. Prima che fosse incominciato e compiuto il decimo anno sopravvenne il Codice Napoleone, il quale vietava che per mezzo di titolo non iscritto si acquistasse il diritto attivo di una servitù discontinua, e prescriveva invece che questo diritto non si potesse procacciare se non mediante documento. Ma così è, che il diritto preteso da Pietro da una parte non fu prima acquistato, perchè non era ancora trascorso il decennio richiesto dalla legge anteriore (1); dall'altra parte poi sopravvenne il Codice Napoleone, che interrupppe e proibì in futuro di acquistare la servitù *discontinua* mediante il detto possesso, e comandò invece che non si potesse acquistare se non mediante apposito documento. Dunque Pietro non acquistò, e non potè nè punto nè poco acquistare il diritto da lui preteso.

§ 777. Contro questa risoluzione non si potrebbe opporre la disposizione dell'articolo ultimo del Codice Napoleone sopra allegato, col quale si dà facoltà di *compiere* sotto la nuova legge le prescrizioni *incominciate* sotto la vecchia, e di poterle regolare a norma della vecchia. Imperocchè ciò s'intende soltanto rispetto al corso del tempo, e sempre sotto la condizione che il modo d'incominciarla non sia *in opposizione*, ma sia invece conforme al modo prefinito dalla nuova legge. Ciò risulta dalla dottrina ora esposta del sig. Merlin, e viene avvalorato dai principii di legislazione civile statuente, già esposti nella Parte I. Libro III. Capo I. sulla fine; principii sanzionati dall' autorità stessa delle leggi positive e dalle decisioni.

§ 778. Secondo caso. Sotto l'impero del Codice Napoleone Pietro, mediante atti possessorii palesi, non equivoci, non interrotti, non contraddetti, esercitò una presa di acqua *estiva* sul canale di Paolo pel corso

(1) « Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo „ rerum immobilium tempore quaesisti » dice la legge 2. Cod. *De servitutibus*. Dunque le servitù di acquedotto si acquistavano col tempo necessario all'acquisizione delle cose immobili, vale a dire col corso di dieci anni fra i presenti, e di venti fra gli assenti, secondo il Diritto romano.

di molti e molti anni; e con ciò esercitò una servitù per sè stessa *discontinua*, come fu già provato (1). Sopravvenne dopo, sia la legge romana, sia il Codice austriaco, sia qualunque altra legge, la quale autorizzava di acquistare col possesso della servitù anche discontinua il diritto di usarne, e lo rese dopo tanti anni incontroverso e prescritto. Si domanda se Pietro si possa valere del corso del tempo del suo possesso, esercitato sotto l'impero del Codice Napoleone, per far valere sotto le posteriori legislazioni un diritto di prescrizione, sia per la totalità del tempo trascorso prima, sia per congiungere questo tempo anteriore col tempo del possesso esercitato sotto la legge posteriore.

§ 779. A questa quistione fu già categoricamente risposto nel Capo VII., talchè sarebbe superfluo spendere altre parole. Ciò non ostante diremo compendiosamente, doversi a tale quistione rispondere *negativamente* pei seguenti motivi. Non si può continuare ciò che non ebbe mai principio. Ma così è, che una servitù *discontinua* come questa sotto il Codice Napoleone, *mediante nudi atti possessorii*, non potè mai aver principio. Dunque è vano pensare che sotto la successiva legislazione possa continuare. Dunque il di lei incominciamento non si può contare che dall'epoca dell'attivazione della successiva. Dunque deve venir regolata a norma della successiva, sotto l'impero della quale essa può ottenere il suo effetto.

§ 780. Non è bisogno mostrare la verità di questa risposta, dopo le cose esposte nel Capo antecedente. Questa conclusione vale anche pel caso in cui la servitù discontinua fosse stata stabilita con un contratto verbale. Perocchè sebbene in linea di morale privata regga il contratto, ciò non ostante non sarebbe stato considerato come operativo dalla legge, la quale non autorizzò questo stabilimento per renderlo valido, e meno poi volle proteggerlo coll'azione del tempo.

§ 781. Terzo caso. Pietro possedette prima del Codice Napoleone per più anni, senza però compiere il decimo, l'uso di un'acqua estiva del canale di Paolo. Questo possesso fu interrotto dal Codice Napoleone posteriormente sopravvenuto. Dopo il Codice Napoleone sottentrò una legislazione simile alla romana, che autorizzò ad acquistare una ragione discontinua di acqua, al pari della romana, mediante il semplice possesso non vizioso. Si domanda se Pietro, in forza del noto principio, *media tempora non nocent*, possa unire il tempo anteriore al Codice Napoleone col tempo della legislazione posteriore allo stesso Codice, stan-

(1) Parte I. Lib. III. Capo V.

techè queste due legislazioni estreme sono *identiche* nella loro disposizione.

Pronta è la risposta a questo caso. I due tempi non si possono unire, malgrado l'identità delle due legislazioni; e ciò in forza della natura della prescrizione, la quale essendo una volta *interrotta*, anche sotto la stessa legislazione, non può essere più continuata, ma è d'uopo che venga ripigliata da capo. Ma così è, che colla sopravvenienza del Codice Napoleone fu interrotta la prescrizione del Diritto romano. Dunque le cose furono ridotte al punto, che Pietro non si doveva riputare di aver esercitato alcun possesso nemmeno per un solo momento. Dunque dopo la cessazione della legislazione intermedia forza è che Pietro cominci a far decorrere il suo possesso sotto l'impero della terza legislazione vigente, senza ch'egli possa valersi della considerazione di alcun suo anteriore possesso. In materia di prescrizioni non si può far valere la nota regola, *media tempora non nocent;* imperocchè ogni modo legittimo, col quale venga interrotta la prescrizione, ne annulla interamente l'effetto: talchè anche sotto ad un'identica legislazione conviene ricominciare da capo. Ciò è della più grande notorietà in giurisprudenza, e perciò non ha bisogno di dimostrazione particolare.

§ 782. L'unica ricerca che rimane per tutti coloro che non sono edotti dei dettami della giurisprudenza, sarebbe quella di sapere per quali modi la prescrizione venga interrotta, secondo le diverse legislazioni. Ma tale ricerca deve trovare la sua risposta non in questo luogo, ma nel Libro in cui si tratterà della perdita, ossia del modo col quale si perdono i diritti risguardanti l'acquedotto. Parrebbe veramente che in questa sede, dove si tratta del modo di acquistare per via di possesso una ragione di acqua, si dovesse insegnare per quali modi venga *impedito* l'acquisto di un tale diritto. Ma questa trattazione disperderebbe troppo le idee che si debbono esporre circa tale materia, stantechè il modo d'impedire una servitù attiva altrui si risolve nel modo di tutelare la libertà dei proprii possessi. Nostra intenzione è di battere il più breve cammino, e di occuparci dei modi coi quali effettivamente si acquista una ragione di acqua, sia che si riguardi la presa dell'acqua medesima, sia che si riguardi la ragione di condurla per il fondo altrui.

CAPO XIII.

Spiegazione del nome di servitù apparenti *e* non apparenti. *Delle servitù* di divieto. *Unità del principio in punto di prova per il loro acquisto.*

§ 783. L'impedimento a prescrivere per via di semplice possesso, opposto dal Codice Napoleone alle servitù *discontinue*, siano o no apparenti, fu pure opposto alle stesse servitù *continue*, nel caso però che fossero *non apparenti*. Qui si presentano due ricerche. La prima, che cosa abbia inteso designare il Codice Napoleone sotto il nome di *servitù non apparenti*. La seconda, se in materia di acquedotto si possa verificare una servitù *continua* non apparente.

§ 784. Per rispondere alla prima ricerca conviene ricorrere alla giurisprudenza francese, dalla quale queste denominazioni furono tratte. In conseguenza ecco quanto ne dice il Repertorio spesso citato del sig. Merlin sopra la parola *Servitude*, § 2. « Quant à leur apparence extérieure, » il y a des servitudes qu'on aperçoit dès que l'on considère une maison » avec quelque attention; ce sont des servitudes *visibles:* il y en a qui » n'ont aucun caractère d'apparence à l'extérieur; ce sont le servitudes » *cachées.* » — L'art. 689 du Code Napoleon rend la même idée en d'autres termes. « Les servitudes sont apparentes, ou non apparentes. » Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages » extérieures, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. Les servitu- » des non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de » leurs existence, comme par exemple la prohibition de bâtir sur un » fond, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée. »

Oltre di nominare queste due specie di servitù cogli epiteti *visibili* o *nascoste*, *apparenti* o *non apparenti*, solevansi appellare anche col nome di *palesi* od *occulte*, *patenti* o *latenti*, e con altri simili nomi, incogniti per altro alla romana legislazione. Di ciò fa fede anche il § 7 dello stesso titolo del detto Repertorio.

§ 785. In generale si può dire che tutte le servitù di *divieto* sono di loro natura servitù *non apparenti*, *latenti*, *occulte*, *invisibili*, ec. Per la qual cosa nei diversi ufficii prediali tutte le volte che si verifica o si può verificare una servitù di *divieto*, si può verificare eziandio il carattere di *non apparente*. Così nelle servitù *urbane* ho io acquistato il diritto che tu non alzi la tua casa oltre una data altezza? Ecco una servitù di *divieto*, la quale non può apparire da alcun esterno contrassegno. Così pure in materia di acqua ti sei tu obbligato a non iscavare nel tuo

fondo un fontanile, onde non tagliare le vene del mio? Ecco un'altra servitù di *divieto*, la quale non apparisce da verun segno esterno. Nel principio del Libro III. della Parte I. ho già fatto notare le quattro classi principali di servitù, le quali in materia di acqua si possono verificare; vale a dire: 1.° la servitù di prestazione; 2.° la servitù di transito; 3.° la servitù di tolleranza; 4.° la servitù di divieto. Un esempio di questa servitù di *divieto* fu colla legge romana di già accennato nella convenzione suddetta di astenersi dal tagliare le vene di un'acqua, il che si potrebbe pur fare atteso il diritto di proprietà competente al padrone di un fondo.

§ 786. E qui, per evitare qualunque equivoco, debbo rammentare che sotto l'oggetto del *divieto* non si comprende qualunque atto per me lecito, cui per avventura ad altri piaccia capricciosamente d'interdirmi (1); ma si tratta di un atto effettivamente *utile* ad altri, perchè non venendo da me praticato, la cosa altrui NON SCEMI DI VALORE. Ognuno sa che il *valore* consiste = nell'utilità di una cosa qualunque, in quanto viene accompagnata dalla stima degli uomini (2). = L'*utilità* poi, considerata come *qualità* d'una cosa, non è altro che = quell'attitudine o facoltà, per la quale una cosa qualunque rendesi capace a procurare un bene, o ad allontanare un male o un danno. = Nelle vedute legislative, nelle quali si vuole ottenere il commercio consueto di uomini, fra i quali pareggiar si deve l'utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà; nelle vedute legislative, nelle quali si associano le considerazioni della dignità e del rispetto scambievole di socii conviventi, che non debbono divenire ludibrio l'uno dell'altro, ma anzi debbono supplire a quello che loro manca, e che se transigono fra loro, è solo per la necessità della mutua convivenza; il legislatore non sanziona veruna *proibizione inutile* e *capricciosa*, come nemmeno avvalora i vincoli che degradano senza correspettivo il valore commerciale dei beni.

§ 787. Ma esaminando intrinsecamente l'indole delle servitù di *divieto*, che cosa troviamo noi? Troviamo ch'esse per loro natura, ossia per l'essenza stessa delle cose, non si possono attivamente acquistare, nè passivamente contrarre, se non in via di un atto *positivo*, per sè comprovante l'abdicazione ad una podestà conferita dalla natura, e guarentita dalle leggi. Dunque tale servitù di *divieto* non può derivare che

---

(1) La giustificazione di questa proposizione è fatta dalla sola definizione della *servitù* adottata da tutte le legislazioni, e dai responsi su gl'*inutili divieti*. Veggasi quanto fu avvertito nella nota del Capo II. dell'antecedente Libro. — (2) Chi bramasse la prova di questa definizione del *valore* vegga la mia *Introduzione alla scienza del Diritto pubblico universale*.

da un atto positivo di *rinuncia* ad un naturale diritto inerente alla proprietà goduta da taluno. Dico al *diritto*, per dinotare che questa servitù colpisce soltanto la parte morale e non la fisica degli umani possedimenti; stantechè un *divieto* consiste essenzialmente non nel togliere il fatto materiale del possesso di un fondo, ma bensì nell'obbligare moralmente e legalmente ad *astenersi* da qualche atto che si potrebbe fare. Ora un atto che si potrebbe praticare da altri, è forse cosa che possa soggiacere al fisico possesso? Non mai. Dunque è più che manifesto che per le servitù di *divieto* non si può nè si potrà mai verificare a pro d'altrui un diritto mediante un possesso esercitato, come si suole acquistarlo usando di una cosa materiale.

§ 788. A che dunque riducesi la cosa? Essa si riduce alla proposizione, che un mio vicino non può armare contro di me verun divieto, nè impedirmi l'esercizio di un atto competente al mio dominio, se non mediante un atto formale di rinuncia fatto per parte mia. Diffatti se pel *jus* primitivo di proprietà io ho diritto di praticare l'atto che il mio vicino non vorrebbe, è per sè manifesto non poter egli acquistare il diritto che io me ne astenga, se non in forza di un comando della legge, o in conseguenza di una libera mia concessione, la quale si riduce ad una *rinuncia* acconsentita.

§ 789. Questa rinuncia si deve considerare come *acconsentita*, sia che risulti da *formale convenzione*, sia che risulti da POSITIVA ESPRESSA ACQUIESCENZA ad una *espressa e non equivoca proibizione altrui*. Nell'uno e nell'altro caso interviene una manifesta e provata *rinuncia* dell'avente diritto all'esercizio del medesimo. Senza di questa rinuncia gli dev'essere eternamente guarentita la libertà di esercitare il suo diritto, quand'anche per parte sua non ne facesse mai uso durante tutta la vita, e quand'anche altri bramasse o pretendesse questo non uso, o avesse fatte costruzioni alle quali l'uso da lui non voluto fosse per divenire nocevole. Questo è anche il volere di tutte le legislazioni. Quanto a quella del Codice Napoleone, apparisce abbastanza dalle cose allegate. Quanto al Codice austriaco, ciò consta dal § 1459. E quanto finalmente al Diritto romano, consta da tutte le leggi risguardanti la proprietà. Però se si bramasse di avere disposizioni formali si consultino le leggi seguenti; cioè: Leg. *Proculus* 26. Dig. *De damno infecto*. Leg. *Cum eo* 9. Leg. *Inter servitutes* 15. in fin. Dig. *De servitutibus urban. praed.* Leg. *Altius* 8. Cod. *De servitutibus et aqua* (1).

(1) Vedi il Voet *ad Pandectas*, Lib. VIII. Tit. 4. n.° 5.

§ 790. Quale dunque sarebbe la discrepanza che potrebbe nascere fra la disposizione del Codice Napoleone e quella del Diritto comune, sia romano, sia di qualunque altra nazione? L'unica discrepanza consisterebbe non nel *mezzo* di acquistare o contrarre la servitù di *divieto*, ma solamente nella *forma* di questo mezzo. La *natura di mezzo* deve riuscire necessariamente la stessa, perchè in tutte le legislazioni possibili questo mezzo deve consistere nella RINUNCIA suddetta, la quale essenzialmente non può essere che *espressa*. A fronte del diritto della libera proprietà, attribuitomi dalla natura e sanzionato dalla legge civile, niuno può impedirmi che sul mio io faccia quel che l'altro crede utile di fare sul suo. *Par in parem non habet imperium.* Il diritto di libero dominio è un'idea primitiva, la quale non riceve modificazioni fuorchè dalla giusta legge civile, alla quale tanto io quanto il mio vicino dobbiamo ubbidire. Se dunque per legge naturale e civile a me compete, rispetto al mio simile, la *facoltà* di fare una data cosa, ne viene per necessaria conseguenza, che non potrò essere privato di questa facoltà fuorchè in virtù d'una mia libera *rinuncia*. Ma questa rinuncia ad una mia naturale e civile facoltà non si può *presumere* giammai, ma deve essere provata; stantechè qui non si tratta di cosa che si possa perdere col non uso, o che possa essere tacitamente ceduta ad altri (come, per esempio, la facoltà di passeggiare in un luogo comune, o di riparare il mio edificio, come tutte le legislazioni concordano). Dunque il *divieto* deve essere in tutte *convenzionale* ed *espresso*. Fra le dette legislazioni a che si ridurrebbe dunque la diversità? Si ridurrebbe alla *forma*, ossia al *modo di far constare* di questo mezzo. Fra queste forme le due più consuete che si presentano sono le prove per *testimonii* e per *documento scritto*. Dunque in fine la questione si ridurrebbe a sapere se una servitù di *divieto* si possa far constare sia coll'uno, sia coll'altro mezzo indifferentemente, oppure se sia necessario esclusivamente l'uno più che l'altro. Ridotta la quistione a questi ultimi limiti, troviamo che il Codice Napoleone ha dichiarato che in queste specie di servitù di *divieto*, ed in qualunque altra che non sia palese od apparente, non si può far valere fuorchè la *prova scritta*, escludendo la testimoniale. Ciò consta dalla locuzione *par titres*, da noi già sopra esaminata. Ciò è coerente anche ad altre parti di questa legislazione, la quale non ha voluto abbandonare alla vaga, difficile e precaria prova testimoniale se non quel tanto che la possanza legislativa non ha potuto sottrarre al di lei impero. Questa sollecitudine infinitamente provvida tende ad assicurare l'esercizio pratico dei diritti in una incivilita società.

§ 791. Richiamando adunque la memoria del passaggio dall'una all'altra legislazione, e fingendo che insorga questione sopra una vecchia servitù di *divieto*, possiamo fissare per prima regola, che = siccome questa non si può acquistare sotto veruna legislazione se non mediante un formale *contratto* col vero padrone del fondo, così devesi far constare di questo contratto. = Dunque qui non può aver luogo alcun *titolo putativo*, nè alcun *padrone opinato*. Può fingersi che un terzo non padrone contragga questa servitù, e che l'acquirente *creda* di avere contratto col vero padrone. Ma che perciò? tutto sarebbe nullo e chimerico. E perchè? Perchè è *impossibile* un possesso portante la forza dell'usucapione o della prescrizione, a fronte dell'ingenita mia libertà.

§ 792. La seconda regola è, che = la *prova* autorizzata nel tempo del contratto è quella che si può sempre far valere sotto qualunque altra legislazione, malgrado che per gli atti fatti sotto il di lei impero tale prova non fosse ammessa. = Il diritto di far fede dell'atto è un diritto *quesito* nel momento stesso dell'atto celebrato colle richieste formalità. Dunque, quand'anche per esempio non fosse ammessa dopo la prova testimoniale che fu ammessa prima, si potrà tuttavia provare l'atto anteriore colla prova testimoniale.

§ 793. Parlando delle altre classi, o, dirò meglio, delle altre forme della servitù di acquedotto, quali sono quelle di *prestazione*, di *transito* e di *pazienza*, in queste pare che non possa cader mai la qualità di *occulte*, *latenti*, *nascoste*, *non apparenti*; e però che, quando la servitù di acquedotto procurato (1) sia CONTINUA, non possa aver luogo veruna applicazione del citato articolo del Codice Napoleone. Con ciò vien fatta la risposta alla seconda ricerca testè proposta; talchè la soluzione si può dire generale, attesochè, ordinariamente parlando, non si verificano in pratica se non che i tre modi suddetti, vale a dire la *prestazione*, il *transito* e la *pazienza*.

§ 794. Qui taluno potrebbe osservare che anche in queste tre servitù non di *divieto* deve valere il principio, essere necessaria la *rinuncia* ad

(1) Dico *di acquedotto procurato*, poichè si può dare il caso che si acquisti una piena ragione di acquedotto mediante la sola *rinuncia* del padrone di un'acqua (che da un fondo superiore scorre naturalmente ad un fondo inferiore), di *non impedire* il deflusso di quest'acqua. Un esempio ne fu da noi recato nel Capo I. del Libro I. di questa Parte II. In questo caso l'obbligazione contratta da quel padrone fa nascere appunto una servitù di *divieto* per sè *occulta* ed *invisibile*. Altro esempio lo veggiamo tuttodì nelle acque *colatizie*, le quali, altro non constando, si ritengono scorrere facoltativamente quanto al padrone che irriga i fondi superiori, talchè la servitù loro inversa riducesi ad essere puramente *contrattuale*.

un qualche diritto della mia libera proprietà: eppure non si esige la prova di una formale cessione, od obbligazione a *non fare*. Tutto questo, io rispondo, è vero. Ma qual' è la conseguenza che ne volete trarre? Forse che per le servitù di *divieto* non siavi bisogno di atto formale? Quanto sarebbe stolida questa conseguenza! quanto sarebbe spogliativa di ogni economico diritto! Diffatti che cosa resterebbe per provare il divieto, fuorchè il *non uso* d'un primitivo e libero diritto competente alla proprietà? Così si potrebbe dire: Tu per tanti anni non hai cinto il tuo campo di siepe: dunque rispetto a me, tuo vicino, hai la servitù di non cingerlo. Tu per tanti anni non hai usata l'acqua che nasce nel tuo fondo, e viene sul mio, perchè i tuoi terreni erano boschivi: dunque no 'l puoi fare in oggi. Tu non hai purgato per tanti anni quel canale: dunque no 'l puoi fare in oggi. Tu non hai chiuso quella chiavica con catenacci e chiavi: dunque no 'l puoi nemmeno in oggi, malgrado che ti venga rubata o siavi pericolo che ti sia rubata l'acqua; ec. Queste al cospetto della legge sono vere petulanze. Piacesse al Cielo che fossero chimeriche; ma pur troppo ne abbiamo frequenti esempii. Ciò ch'è più abbominevole si è, che qualche perito dia ansa o approvazione, sotto mendicati pretesti di danni possibili, a queste petulanze; quasichè io possa essere interdetto di accendere il fuoco per cuocere il mio pranzo, perchè si può dare il caso possibile di un incendio a danno del vicino. Costoro debbono sapere, che pei danni dati ad altri per qualunque causa esiste l'azione d'indennità, senza che la legge pretenda vincolare il legittimo ed utile esercizio della propria autorità. Ciò si vedrà più ampiamente nel seguente Libro. Al proposito dell' unità del principio ora esposto, concedo che nelle servitù *apparenti* non sia necessaria la prova delle *non apparenti*; ma sapete perchè? Perchè nelle *apparenti* si verifica appunto un *surrogato* della prova della *rinuncia* o della *obbligazione* a tollerare, di cui fu parlato. Così in una mia trave che giace sul tuo muro, in un' opera manufatta da me sul tuo fondo, nel deflusso procurato o artefatto dell'acqua del tuo canale sui miei beni, io leggo una prova almeno presuntiva dell' aver tu liberamente acconsentito che la tua proprietà venisse così vincolata; e quindi deduco l'obbligo tuo a tollerare, a non fare, ec. ec. Il *principio* dunque è lo stesso, e i *modi* sono equivalenti.

CAPO XIV.

Della usucapione e dell'ultima prescrizione del Codice Napoleone. Suo paragone con quelle del Diritto romano. Risultati conseguenti di diritto transitorio.

§ 795. Esaminando l'art. 690 del Codice Napoleone, troviamo che le servitù *continue* ed *apparenti* si acquistano o mediante contratto scritto, o col possesso di trent'anni (1). A primo tratto pare non esservi cosa di mezzo fra un'acquisizione istromentata e la più lunga prescrizione assolutoria stabilita dal Codice Napoleone. Dovremo dunque dire essere stata soppressa la usucapione, ossia la prescrizione di dieci e di vent'anni, propria ai fondi stabili?

A questa interrogazione vien fatta la risposta dall'art. 2265, così concepito: « Quegli che acquista in buona fede e con giusto titolo un » immobile, ne prescrive la proprietà col decorso di anni dieci, se il vero » proprietario abita nel circondario giurisdizionale del Tribunale d'Ap- » pello, nella estensione del quale sia situato l'immobile; e col decorso » d'anni venti, se è domiciliato fuori del suddetto circondario (2). » Qui, come ognun vede, siamo nelle stesse stessissime condizioni delle prescrizioni di lungo tempo, ossia delle usucapioni stabilite da Giustiniano pei beni immobili e per le servitù, come sopra fu veduto (3).

§ 796. Ma qui dirà taluno: In quest'articolo vedo la prescrizione di un *immobile*, ma non quella di una prediale servitù. Come dunque mi potete voi dire che coll'art. 2265 si faccia risposta alla domanda sovra proposta? — Appunto colla denominazione di *immobile*. Leggete il titolo *della distinzione dei beni*, e troverete che sotto la denominazione generale di *beni immobili* si comprendono appunto anche le servitù prediali.

« Sono immobili per l'oggetto cui si riferiscono (dice l'art. 526): » l'usufrutto di cose immobili; le SERVITÙ PREDIALI; le azioni che ten- » dono a rivendicare un immobile. » Dunque è provato che coll'art. 2265

---

(1) Vedi il testo al Capo X. di questo Libro.

(2) Tutto questo concorda colle seguenti leggi del Diritto romano. Leg. penult. Cod. *De servitut. et aqua.* Leg. unica Cod. *De usucapione transformanda.* Lipen. *Cod. de servit. et aqua.* Leg. 9 Cod. *De praescript. longi temp.* Leg. 7. *Quibus non objiciatur longi temp. praescript.* Inst. Tit. *De usucap.*

NB. Nel Diritto romano si consideravano *presenti* quelli che abitavano nella stessa provincia; *assenti* quelli che abitavano in un'altra, come spiega la legge ultima Cod. *De praescript. longi temp. decem vel viginti annorum.*

(3) Vedi nei precedenti Capi di questo Libro.

furono esplicitamente comprese anche le *prediali servitù*. Dunque consta che fra l'acquisizione contrattuale *irrevocabile* fino dal suo principio, e l'acquisizione per via di possesso trentennario, esiste l'acquisizione per via di *lunga prescrizione*, simile in tutto e per tutto al romano Diritto.

§ 797. E qui, in via di massima generale e filosofica, conviene ben distinguere un'acquisizione *definitiva* da un'acquisizione *irrevocabile*. Quando tu mi presenti un solenne istrumento, munito di tutte le formalità richieste, nel quale sia espressa la concessione di una servitù prediale, quale considerazione si affaccia alla mente? La forma di questo istromento (ognuno dice fra sè stesso) è *autentica*; il contratto è perfetto; l'atto è indubitato; le persone sono capaci; l'oggetto è suscettibile di privato commercio: dunque non si può dubitare che l'atto non sia per sè stesso *traslativo* della proprietà o del diritto ceduto. Che cosa dunque può mancare? Se il cedente è vero e legittimo padrone della cosa ceduta, questa cessione riesce *irrevocabile*. Ma se non fosse tale, che cosa dovremmo dire? Allora dovremmo dire che l'atto importa bensì un'acquisizione *definitiva*, ma non *irrevocabile*; imperocchè se il vero padrone entro il decennio reclama il suo diritto, l'atto cade intieramente, e l'acquirente resta colle mani vuote.

§ 798. Distinguiamo dunque bene l'acquisizione *definitiva* dalla *irrevocabile*. La prima riesce tale quando l'atto è perfetto, e le persone sono capaci; la seconda riesce tale quando cessa la possibilità di qualunque reclamo per parte del terzo, che vi può avere ragione. In tutti i più solenni e guarentigiati contratti di beni stabili e di servitù prediali si può figurare possibile questa distinzione; e però dovremo porre per principio, che l'acquisizione diviene *definitiva* col giusto titolo, e diviene *irrevocabile* colla rispettiva prescrizione.

Questa idea viene espressa in uno splendido passo di Cicerone nell'orazione per Cecina. « Fundus a patre relinqui potest: at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis et periculi litium, non a patre relinquitur, sed a legibus. Aquae ductus, haustus, iter, actus, a patre; sed *rata auctoritas* harum rerum omnium a jure civili sumitur. » Io non abbisogno di dimostrare quanta verità, quanta filosofia, quanto senso di pubblico e di naturale Diritto si racchiudano in queste parole. Ciò che fu sopra discorso può formare un commentario a questo passo del filosofo romano. Anch'egli conobbe ed insegnò che l'ultima guarentigia delle acquisizioni viene compartita dalla sociale autorità, e che l'azione del tempo impiegata dalle leggi è provvidenza puramente civile e tutelare.

Richiamando adunque la distinzione fra l'acquisizione *definitiva* e la *irrevocabile*, dovremo concludere che la *definitiva* è opera della privata autorità, la *irrevocabile* della pubblica. Dunque il titolo è opera privata; la padronanza irrefragabile poi è opera legislativa.

§ 799. Ora venendo allo stabilimento delle servitù prediali, anche mediante atti contrattuali legittimi, dobbiamo congiungere la disposizione dell'art. 690 del Codice Napoleone colla disposizione dell'art. 2265 del medesimo. Ciò che abbiamo detto delle servitù continue ed apparenti si applica alle discontinue di qualunque specie, ed alle non apparenti assolute, semprechè siano state incominciate con un atto contrattuale scritto. Quest'atto forma appunto il titolo; con questo titolo si fa *esistere* l'acquisizione. Essa diviene *definitiva* quando nulla manchi all'atto stesso, vale a dire ch'egli sia stato celebrato nei modi voluti dalla legge. Essa poi diviene *irrevocabile* quando dentro dieci o vent'anni non sopravvenga il giusto reclamo di un terzo avente diritto sul fondo assoggettato.

§ 800. Proseguendo l'esame, e volendo sapere le *provvidenze* apposte all'usucapione, ossia alle prescrizioni placitanti le possessioni titolate, troviamo i seguenti articoli.

« Se il vero proprietario ha tenuto in diversi tempi il suo domicilio » nel circondario giurisdizionale e fuori di esso, è necessario, per compiere il corso della prescrizione, aggiungere a quanto manca ai dieci » anni di presenza un numero di anni d'assenza, che sia il doppio di » quello che manca per compiere i dieci anni di presenza » (articolo 2266) (1).

« Un titolo nullo per difetto di forme non può servire di base alla » prescrizione di dieci e di venti anni » (art. 2267) (2).

« La buona fede è sempre presunta, e chi allega la mala fede deve » somministrarne le prove » (art. 2268) (3).

« Basta che la buona fede abbia esistito al tempo dell'acquisto » (art. 2269) (4).

---

(1) La regola stabilita da Giustiniano nella Novella CXIX. Cap. VIII. consisteva nell'aggiungere dieci anni a quelli dell'assenza.

(2) Qui non occorre più il confronto colla legge romana, dopo il Capo III. di questo Libro.

(3) Secondo il Diritto romano il possessore provocato doveva bensì dichiarare di possedere di buona fede, ma non era costretto a corroborarlo con altre prove. La mala fede doveva essere provata dall'avversario. Leg. penult. Cod. *De eviction. arg.* Leg. 51. Dig. *Pro socio.*

(4) A questa concordano le leggi romane, come si può vedere. Leg. 4. § 18. Leg. 15. § ult. Dig. *De usurp. et usucap.* Leg. 48. § 1. Dig. *De acquir. rer. domin.* — Dobbiamo qui notare che, secondo il Diritto romano, il

§ 801. Se paragoniamo le *massime* espresse in tutti questi articoli colle ultime disposizioni del Diritto romano, troviamo una perfetta concordanza, come viene comprovato col richiamare i dati già esposti nell'antecedente Sezione. Ma se dalle *massime* passiamo alle *discipline*, troviamo che quanto al titolo vi ha una discrepanza fra il Diritto romano e l'art. 2267. In quest'articolo s'indica manifestamente un *atto* assoggettato alle formalità così dette notarili, e però s'indica un atto scritto. Ciò è conforme anche alla disposizione generale, colla quale fu ordinato che tutti i contratti, il valore dei quali eccede le cento cinquanta lire italiane, debbano essere comprovati mediante atto scritto. Questa disciplina fu sconosciuta dal Diritto romano, sotto l'impero del quale si poteva far constare del titolo della servitù anche per mezzo della deposizione di testimonii, come fu già notato e provato.

§ 802. Veniamo ora alla *prescrizione* propriamente detta, colla quale si avvalorano le acquisizioni incominciate *senza titolo*, o per una causa viziosa. Secondo il Codice Napoleone « tutte le azioni tanto reali che » personali si prescrivono col decorso di trent'anni, senza che quegli che » allega questa prescrizione sia tenuto ad esibirne un titolo, e senza che » gli si possa opporre l'eccezione derivante da mala fede » (art. 2262).

Da questo articolo rileviamo due cose. La prima, essere state abrogate le prescrizioni di quaranta e di cento anni, ed anche la così detta *immemorabile*, usata nell'anteriore legislazione. La seconda poi, che dichiara il possessore guarentito dalla prescrizione trentennaria, lo dispensa dall'esibirne un titolo qualunque, e lo sottrae dall'eccezione derivante da mala fede.

---

tempo nel quale si esigeva la buona fede, come uno dei requisiti della usucapione, per regola ordinaria era quello nel quale incominciava il reale *possesso* dell' acquirente. Leg. 15. § ult. Leg. 44. § 1. Leg. 48. Dig. *De usurp. et usucap.* Leg. 2. princ. Dig. *Pro empto.* — Dissi *per regola ordinaria*, perocchè nel contratto di compra e vendita esigevasi la buona fede, tanto nel tempo della convenzione, quanto in quello della tradizione. Veggansi la Leg. 10. Leg. 48. Dig. *De usurp. et usucap.* Leg. 2. princip. et § 13. Dig. *Pro empto.* Leg. 7. § 16. ed ult. in fine. Dig. *De pub. in rem. act.*

Allorchè la romana giurisprudenza potè sbarazzarsi dalle forme grette e materiali, indotte tanto da una ragione non depurata, quanto dalla tenacità e dal conflitto dei patrizii; allorchè si adottò la massima di rendere tutti i contratti *di buona fede*, ossia di far prevalere il principio *morale* dei medesimi, si riconobbe che il *dominio* poteva essere trasferito col semplice *consenso*, e però che la *tradizione* non era veramente che una *esecuzione* del contratto. Posto questo principio solo vero, e che la posteriore giurisprudenza ritenne, dovremo concludere da una parte, che il Codice Napoleone esiga la buona fede nel tempo del contratto; e che, secondo il Diritto comune anteriormente vigente, si debba far valere la stessa stessissima massima.

Dunque sotto questa prescrizione trentennaria cadono le acquisizioni delle servitù (e quindi quella di acquedotto) incominciate per via di semplici atti possessorii tollerati da un proprietario che poteva contraddire.

§ 803. Ciò che qui esponiamo circa l'acquedotto in via d'illazione, lo troviamo sanzionato in via di espressa sanzione. Eccone la prova. « Quegli che ha una sorgente nel suo fondo può usarne ad arbitrio, » salvo il diritto che potesse avere acquistato il proprietario del fondo » inferiore per qualunque *titolo*, od in forza di prescrizione. — La *pre-* » *scrizione* in questo caso non può acquistarsi che col possesso conti- » nuo di anni trenta, da computarsi dal momento in cui il proprietario » del fondo inferiore ha fatti o terminati dei lavori visibili, e destinati a » facilitare il declivio delle acque nel proprio fondo. » Qui, come ognun vede, si parla di una servitù apparente e continua, perocchè il deflusso dell'acqua si considera intervenire senza *ulteriore* ministero dell'uomo.

§ 804. Qual'è la conseguenza che nasce nel passaggio da una all'altra legislazione? Che le servitù apparenti e continue furono dall'anteriore e dalla posteriore legislazione, in punto di prescrizione *senza titolo*, assoggettate e quanto al tempo e quanto al modo allo stesso regime. Dunque esse decorrono senza intoppo, e si compiono collo stesso pieno effetto; dunque incominciate sotto l'anteriore legislazione proseguono senza bisogno di alcuna particolare disciplina.

Ma quanto alle discontinue, come per esempio ad un'acqua *estiva* verbalmente conceduta, dovrà dunque essere perduto *senza riparo* il possesso di tanti anni decorsi prima del decennio o vicennio? Se voi fate stendere un istromento di ricognizione, nel quale si narri che tanti anni addietro fu convenuta la concessione dell'acqua estiva fra il concedente tale e l'acquirente tale, e sia fatto coll'accordo delle parti, si domanda se con ciò potrete trar profitto dagli anni della usucapione incominciata con titolo verbale sotto l'impero della vecchia legislazione.

Pronta è la risposta. In materia di prescrizione un corso interrotto deve essere ripigliato da capo. Ma così è, che nel caso concreto la prescrizione della servitù discontinua fu interrotta prima d'essere compiuta: dunque il corso deve essere ripigliato da capo.

§ 805. Si dirà che qui non è interrotta per fatto del vero e legittimo padrone, che non intervenne nella concessione verbale, ma per fatto della nuova legge; che, di più, viene interrotta soltanto per mancanza del mezzo di prova scritta voluta dalla nuova legge; e però che non siamo nei termini della perenzione del corso anteriore, contemplato dalle leggi e dalla ragione.

A tutto ciò si risponde, che qui non siamo nei termini dei diritti irrevocabilmente quesiti, perocchè l'azione del tempo è opera tutta positiva della legge, la quale fino dal suo principio involge sempre la tacita condizione della revocabilità del diritto conceduto al privato. Dunque in primo luogo qui non si potrebbe opporre ostacolo alcuno per parte del possidente, onde arrestare l'azione della legge, che interrompe il corso dell'anteriore usucapione. In secondo luogo poi venendo al punto di questione, se noi siamo o no nei termini della giusta interruzione, quand'anche non venga fatta dal terzo che poteva averne diritto, debbo fare osservare quanto segue. O si suppone che l'acquirente dell'acqua estiva l'abbia ricevuta dal vero e legittimo padrone, o no. Nel primo caso dal momento del contratto è nata la prescrizione perpetua in favore dell'acquirente, talchè per lui non è necessaria la ratifica del tempo. Più ancora: egli può far constare per mezzo di testimonii di questa originaria concessione. O si suppone che l'acquirente abbia pattuito con un padrone non vero; ed allora il vero padrone, senza l'intervento del quale fu celebrato l'atto, acquista il diritto di contraddire entro il decennio all'atto celebrato. Si badi bene: il lasso del tempo è posto per l'interesse del terzo che potrebbe venire pregiudicato, ed affinchè egli abbia campo di reclamare e rivendicare il proprio diritto. Posta questa causale, e ritenuto questo punto di vista, se la nuova legge cerca una prova scritta, è vero o no che il terzo che potrebbe essere pregiudicato viene investito d'una nuova guarentigia, per la quale escludendosi la vaga, precaria e facilmente corruttibile prova testimoniale, si assicurano le convenzioni con modi atti ad inspirare maggiore fiducia? Ciò posto, se l'uso di un'acqua estiva accordato senza la vera autorità del padrone legittimo prima della nuova legge, non si permette che prima della prescrizione compiuta abbia fermezza per il solo lasso del tempo, quando non consti per iscritto; egli è manifesto che all'atto della promulgazione del nuovo Codice il terzo vero padrone acquistò il diritto partecipatogli dalla legge di non soffrire l'aggravio di una servitù discontinua, senza che ne constasse per formale documento. Ma se il fatto è così, e si volesse tuttavia sostenere che la concessione di un'acqua estiva fatta anteriormente da un putativo padrone dovesse essere convalidata facendo correre l'anteriore prescrizione sotto una legislazione che la rigetta, si priverebbe per ciò stesso il vero e legittimo padrone del diritto attribuitogli dalla legge, per favorire un atto il quale non poteva essere guarentito che col corso del tempo, a fronte di un atto che poteva riuscirgli clandestino, attesochè fu stipulato soltanto verbalmente.

Comunque sia la cosa, e qualunque siano i motivi che noi possiamo attribuire alla legge, egli è sempre certo che la prescrizione anteriore della servitù discontinua, non munita di titolo scritto, non può nè incominciare nè proseguire; e che dall'altra parte il terzo avente interesse acquista il diritto della libertà del suo fondo, minacciata coll'antecedente alienazione e col continuato possesso. Dunque non si può in conto alcuno privare il vero padrone di questa ricuperata libertà; dunque l'atto si deve rinnovare, e la prescrizione titolata si deve ricominciare da capo.

SEZIONE II.

Delle concessioni primitive e derivative risguardanti l'acquisto dell'acquedotto.

CAPO XV.

Delle forme sì esterne che interne del giusto titolo, onde acquistare sì definitivamente che irrevocabilmente una ragione di acqua.

§ 806. Un titolo nullo per difetto di forme non può servire di base alla prescrizione di dieci e di vent'anni. Questa disposizione dell'articolo 2267, sopra riportato, su qual base di ragione è essa fondata? Eccola. Ciò che civilmente non consta, civilmente non esiste. Ma così è, che un titolo concepito con forme viziose civilmente non consta: dunque quest'atto civilmente non esiste.

§ 807. La prima proposizione è di stretto Diritto naturale, anzi di assoluta ed irresistibile necessità di fatto. Incominciamo dalle forme *estrinseche*. Fra gli uomini non si può agire e giudicare se non in vista di quello che *consta*, e non in vista di quello che *è*. Dunque il sistema delle *prove* forma l'unica base di fatto, sulla quale si possono appoggiare le leggi, le convenzioni ed i giudizii. *Necessario* è questo sistema, perchè, come dice l'antico proverbio, Giustiniano non comanda alla logica, e specialmente a quella parte che si chiama *logica critica*, la quale versa sull'arte di verificare i fatti. Può bensì un legislatore vietare o comandare un atto; ma non può fare che una cosa esista o non esista, che sia certa o sia dubbia, che sia dimostrata o sia inconcludente. La prova dunque si può dire che fa diritto; i mezzi dunque di prova debbono essere riconosciuti e sanzionati nel conflitto degl'interessi e delle passioni. Ecco il sistema delle cose *autentiche;* ecco la forza delle prove *legali*. Ogni altro mezzo comprometterebbe sempre la sorte delle vite

e delle fortune private. Dunque ogni cosa deve constare civilmente, affinchè si possa pronunciare esistere pure civilmente. L'esistenza civile, della quale qui si parla, è quella che può partorire un diritto e togliere un'obbligazione, e non quella che può servire ad una speculativa discussione di un fatto accaduto. Con ciò parmi dimostrato che quello che civilmente non consta, civilmente non esiste.

§ 808. Ho detto in secondo luogo, che il titolo concepito con forme viziose non consta civilmente. Quando il sistema delle prove fosse ben tessuto, potrei dire eziandio che non consta filosoficamente e naturalmente. Che cosa sono le forme, fuorchè un complesso dei mezzi coi quali si può far fede dell'esistenza di un fatto? Ma il far fede risulta dai rapporti di connessione essenziali alle cose stesse: dunque quando sono violate le forme necessarie, mancano per ciò stesso i mezzi comprovanti la esistenza del fatto. Ma se mancano questi mezzi, il fatto non si può dire aver esistito; se mancano questi mezzi autorizzati dalla legge, mancano le prove autentiche: dunque colla violazione o colla mancanza delle forme il fatto non consta civilmente; dunque per ciò stesso civilmente non esiste.

§ 809. Tutto questo risulta fermo e indubitato allorchè il sistema legislativo delle prove sia stabilito come conviene. Ma tale sistema deve servire ad un tempo stesso alla verità ed all'utilità comune dei membri della società. Questo scopo è inviolabile. Ma si può peccare per due contrarii estremi. Il primo per *trascuranza*, ed il secondo per *esagerazione*. La *trascuranza* si verifica allorchè potendosi provvedere alla sicurezza della comune convivenza e commercio con un buon sistema di prove, si commette la sorte comune degli atti umani a prove o dubbie o difficili, o precarie o sospette. Tal'è la latitudine indefinita data alla prova testimoniale dopo un certo periodo d'incivilimento. Dico *dopo un certo periodo d'incivilimento*, perocchè in un'età anteriore nè sarebbe praticabile, nè sarebbe necessario un più raffinato sistema di prove.

I progressi del sistema probatorio sono congiunti coi progressi del sistema rappresentativo tanto delle idee, quanto dei valori e delle stesse azioni fisiche delle cose create. Come un veramente ricco dizionario attesta i progressi intellettuali d'un popolo, così pure una ricca raccolta di segni rappresentativi ed una bene adattata distribuzione di prove autentiche attestano il suo sociale incivilimento. Dunque dopo una certa epoca non si potrebbe più provvedere cogl'imperfetti mezzi di prova usati e bastevoli in un'anteriore età, nella quale la semplicità stessa, la buona fede e lo stato zotico, se vogliamo, non rendeva necessarie queste

prove raffinate. Dunque sarebbe perniciosissima trascuranza quella di un legislatore, se volesse abbandonare più oltre lo stato attuale della vita civile ai mezzi imperfetti anteriori.

§ 810. L'altro estremo, nel quale una legge potrebbe cadere, è quello della *esagerazione*. L'esagerazione si commette allorchè il sistema dei diritti reali ed inviolabili dei cittadini viene sacrificato ad un preteso sistema probatorio, ed allorchè questo preteso probatorio si fa servire a mire estranee od incompetenti. Io mi rammento ancora in una legge o decreto fatto sul bollo nell'anno 1802, durante la repubblica italiana, essere stato stabilito che un atto contrattuale non concepito in carta bollata si dovesse riguardare come *nullo*. Sotto migliori auspicii fu sentita la violenza di questa disposizione, e nel 1811 fu rivocata, dichiarando validi gli atti anteriori per questo motivo colpiti di nullità. E per rendere più evidente tal' esagerazione, e far sentire quanto largamente possa essere estesa, fingiamo che un legislatore prescrivesse che niuno possa vendere o comprare un pezzo di terra, o trasferire un diritto immobiliare, senza suo permesso; che si faccia constare di questo permesso per mezzo dei delegati del Principato, da stabilirsi dove e quando piacerà. Fingiamo che un panegirista d'ufficio s'avvisasse di dirci: Vedete, o signori, quanto paterna, quanto provvida sia questa disposizione! Così potrete vedere tutti i passaggi delle proprietà; così ognuno potrà acquistare con perfetta sicurezza; così non avrà la briga di penose inquisizioni sullo stato e sulla solvenza del compratore; così infine si potrà tranquillamente riposare all'ombra delle Cancellerie che piacerà di stabilire. Che cosa potrebbe taluno rispondere a questo panegirista? Forse qualche uomo o non cieco o non prevenuto potrebbe rispondere: Con questa disposizione io veggo colpito tutto un popolo da interdizione, la quale si potrebbe raffigurare anche per una confisca. Chi ha detto a voi che niuno possa vendere o comprare senza permesso? chi è da tanto che possa arrogarsi questo diritto? Siamo noi forse spogliati della nostra proprietà, o siamo noi considerati come semplici detentori della proprietà di colui che fece la legge? Fino a che egli ci ordinasse che il dominio verrà da noi trasmesso a chi ci piace, e colle regole della giustizia e della verità, ma che per farne constare dovremo adoperare i tali e tali mezzi, io sarei d'accordo con voi della provvida paternità da voi proclamata. Ma non permettere, non riconoscere che il mio dominio sia trasmesso, che il mio compratore divenga legittimo padrone fino a che non ho un atto di Cancelleria; ecco ciò che non posso riconoscere nè come provvido, nè come giusto, se non sotto un dominio feudale, nel quale tutte le terre

appartengano al signore, e tutti i possessori non siano che semplici semplicissimi detentori.

Sia pur vero che si saprà chi contratterà, chi alienerà, chi comprerà. Così il portinajo di un chiostro sa chi entra e chi sorte, e se il monaco esce colla licenza del padre Priore. Ma a che pro tutto questo per la necessaria e libera contrattazione, conforme al giusto e vitale sistema economico delle civili società? Forsechè non esiste altro mezzo per assicurare la fiducia commerciale? Alla perfine, quando si tratta solamente di guarentire l'interesse del terzo, non è nè giusto nè utile di confiscare i diritti innati della proprietà e della padronanza naturale e civile. Ringrazio dunque la intenzione della vostra paternità, e vi supplico a temperare le vostre buone intenzioni con tutti i riguardi del sociale e contrattuale sistema. Il vostro è troppo esagerato, per non dir peggio. Il Cielo ci guardi da simili provvidenze, nelle quali ommetto di considerare anche la morale influenza che nasce dal non poter più movere un dito senza licenza dei superiori.

§ 811. Fra questi due estremi della *trascuranza* e della *esagerazione* havvi la *giusta provvidenza*, nella quale il sistema probatorio esercita le funzioni puramente *sussidiarie*, e che sole a lui convengono. In questo sistema ottimo consiglio è che il passaggio dei possessi consti nella maniera meno dubbia, per quanto si può, ma che nello stesso tempo possa essere compiuto nella maniera più spedita, e più conforme alla privata padronanza dei contraenti. Adunque i requisiti del titolo, atteggiati giusta la *certezza* o la maggiore probabilità, entrano in questa provvidenza. Ma essi non sono che *testimonii* dell'esercizio competente ad un pieno padrone, e nulla più. Tal'è l'intenzione del commentato articolo; talchè qualunque maggior estensione, che prestar gli volessimo, peccherebbe di *trascuranza* o di *esagerazione*.

§ 812. Per la qual cosa l'atto costituente una servitù prediale dovrà essere concepito colle *forme autentiche* stabilite dalla legge; talchè mancando di queste forme, esso si dovrà considerare come non avvenuto. Ma le forme sono di due maniere. La prima *intrinseca*, e la seconda *estrinseca*. Le forme *intrinseche* riguardano propriamente l'*essenza* e la *sostanza* stessa dell'atto. Così, per esempio, una vendita per essere perfetta deve contenere la cosa, il consenso e il prezzo. Mancando alcuno di questi requisiti, la forma intrinseca è violata, e l'atto è riputato nullo, ossia come non avvenuto. Queste forme intrinseche diconsi anche *essenziali*. È per sè manifesto che la mancanza di esse forme non può servire di principio ad alcuna acquisizione di dominio, perchè manca l'es-

senza stessa della cosa (1). Quanto poi alle forme *estrinseche*, queste riguardano appunto i mezzi di prova, onde accertare che l'atto fu eseguito. Così interessando di sapere il tempo, il luogo, la libertà, la capacità dei contraenti, e via discorrendo, se manca la menzione di queste particolarità, o se mancano altre qualificazioni valevoli ad accertare dei convenienti requisiti voluti dalla legge, la forma estrinseca manca, l'atto non è autentico, non fa fede, e quindi civilmente non esiste. Per la qual cosa sotto la locuzione espressa dall'articolo colle parole *per difetto di forme* si debbono comprendere tanto le *intrinseche*, quanto le *estrinseche*.

§ 813. Se havvi parte, la quale debba essere trattata dal legislatore colla massima diligenza, è certamente quella dei mezzi di prova, e dei loro *requisiti*. Dico dei *mezzi*, e non della loro forza persuasiva. La credibilità di un fatto è un risultato morale, il quale, considerato in generale, sfugge ad ogni possibile calcolo legislativo. L'intima convinzione, fiancheggiata dai canoni irrefragabili della critica, e contenuta da quei mezzi i quali possono rendere vittoriosa una buona coscienza, forma l'oggetto desiderato dal legislatore. Apporre certi limiti o canoni generali che non possono soffrire eccezioni; dare incentivi a pronunciare con verità, e lasciare nel rimanente libero il giudizio; ecco ciò ch' è fattibile e giusto in materia di diritto probatorio.

§ 814. Ma quanto al fissare i *mezzi* di prova, e prescriverne le *forme*, questo è opera tanto più importante, quanto più decisivo è il sistema pro-

---

(1) A queste forme *intrinseche* si riferiscono le regole del Diritto romano, risguardanti il giusto titolo dell'acquisizione dei dominii stabiliti e delle servitù, le quali regole riferiremo colle parole del Pothier.

1.° Che cosa è il *giusto titolo?* « Justum » titulum accipimus eum, ex quo quis rem ex » causa perpetua et ad transferendum domi- » nium idonea tamquam suam possidet: ut » titulum emptionis, donationis, legati, et si- » miles. Neque enim refert onerosus an lu- » crativus sit. » Leg. 11. Cod. *De praescript. longi temp.* — Trasferire la proprietà esclusiva, ecco l'oggetto essenziale e proprio del titolo. Dunque ogni altro atto, col quale non si trasporta questa proprietà, o in tutto o in parte non costituisce il titolo di cui si parla.

2.° In che consiste l'*idoneità del titolo?* Consiste nella unione di tutte le condizioni che lo rendono valido. « Justus titulus non est *titulus invalidus.* » Leg. 6. Cod. *De usurpat. et usucap.* Leg. 8. Cod. *De praescript. longi temporis.* — Tutto ciò che rende invalida una convenzione rende invalido il titolo. Il titolo dunque richiede: 1.° la capacità dei beni; 2.° la capacità legale delle persone; 3.° la perfetta precognizione e libertà sulle cose convenute e sul modo di pattuire; 4.° che non venga dimenticato nessun costitutivo necessario del contratto.

Dunque l'incapacità legale, sia dei beni, sia delle persone, la frode o il dolo che dà causa al contratto, la mancanza di cognizione o di libertà, l'ommissione dei costitutivi essenziali del contratto, fosse pur anche di un solo, rendono invalido il titolo, ossia non esiste più titolo abile a trasferire la proprietà. In breve, tutte le condizioni per acquistare il dominio derivativo sono necessarie a costituire il titolo abile, ossia la causa perpetua ed idonea espressa dalle leggi romane e dal sullodato Pothier.

batorio. Non basta dunque dire *quali* prove siano ammissibili, e *quando* lo siano, ma conviene soprattutto ingiungere *come* debbano essere concepite. In questo *come* sta tutto il loro valore, e quindi tutta la base pratica degli umani diritti in società. Questo *come* costituisce appunto le forme; e in tali forme risiede la potenza pratica e legislativa di tutti i diritti esercibili in società. Lungi dunque che il diritto *probatorio* debba essere presentato a brani, ora in una legge di procedura, ora in un regolamento notarile e di cancelleria, ora in una disciplina di registratura ec., deve essere raccolto, ordinato ed esposto in un Codice attributivo, come parte integrante e massima, anzi come la sola, nella quale si risolve la potenza effettiva di far valere i nostri diritti nelle contrattazioni e nei giudizii (1).

Ciò sia detto per chiamare l'attenzione almeno dei consulenti e dei magistrati sopra un oggetto che si suole tenere poco in conto, e peggio riputarsi come arbitrario, variabile, positivo e regolamentare, mentre invece in tutta la giurisprudenza non v'ha nulla di più *importante*, di più *necessario*, e di più *determinato* da principii logici rigorosi.

CAPO XVI.

Dello stabilimento della servitù di acquedotto, in vista della destinazione del padre di famiglia, ossia della servitù materiale atteggiata da un proprietario tra i suoi fondi.

§ 815. Le cose discorse fin qui versano sulla ragione direttiva risguardante i TITOLI CAUSALI ORIGINARII dell'acquisizione dell'acquedotto. Dico *i titoli causali originarii*, per far sentire che fino a qui non abbiamo parlato dell'acquisizione in via conseguente, e talvolta occasionale, perchè dipendente od aggiunta ad un atto principale. Io non abbisogno di spiegare questa distinzione, dopo le cose discorse verso la fine del Capo I. Libro I. di questa Parte.

Qui debbo notare solamente la vastità e l'importanza di questo secondo ramo, e la di lui frequente azione nella vita civile d'una nazione agricola e commerciale giunta ad un grado elevato di sviluppamento. Tutto l'ordine *successorio*, sia per eredità, sia per contratti dei fondi

(1) Duolmi di dovere accusare il Codice Napoleone di una lacuna massima in questo punto, mentre anche nel Diritto romano e comune si avevano dati abbondantissimi in questa materia, necessariamente la *stessa* in tutti i tempi ed in tutti i paesi. Fra le cose desiderate da Leibnitz trovo il progetto di ridurre l'Opera del Mascardo *De probationibus* a cento regole fondamentali.

stabili, viene affetto da questo modo *secondario* di acquisizione. Dunque tutto il sistema della *continuità* economica sociale viene sottoposto alla ragione direttiva risguardante l'acquisizione secondaria, di cui parliamo. Ma quest'ordine è il più *vasto*, il più *frequente*, il più *praticato* in un inoltrato incivilimento agricola e commerciale e libero; perocchè colla successione continua anteriore di molti padroni, in un paese svincolato dai ceppi feudali, si sogliono avvantaggiare più che si può i fondi, come ne fa fede il sistema irrigatorio presso noi praticato. Dunque rimane che in ultimo le servitù si acquistano più spesso per via di *successione* o *particolare* o *generale*, che per via di *costituzione primitiva*. Dunque l'acquisizione secondaria merita oggidì più delle altre una dottrina direttiva.

§ 816. Queste acquisizioni subalterne, conseguenti o successorie, si possono verificare in varie occasioni. Prima di parlare di esse devo spiegare quella che si fa derivare dalla destinazione del padre di famiglia, perchè può essere *originaria* ed insieme *occasionale*. Essa fu espressamente segnalata dagli art. 692. 693 e 694 del Codice Napoleone, alla quale allude pure l'art. 480 del Codice austriaco. Volendo io segnare le concordanze e le discordanze rispettive col Diritto romano, mi trovo obbligato a dirne qualche cosa in teoria. Questa cura è per me tanto più necessaria, quanto più è manifesto che le disposizioni del Diritto romano non si trovano concordanti con quelle del Codice Napoleone. Richiamiamo dunque i detti articoli, e spieghiamone il tenore e le conseguenze, applicandoli alla ragione delle acque, e specialmente dell'acquedotto. Ecco quelli del Codice Napoleone.

« La destinazione del padre di famiglia, riguardo alle servitù *conti-* » *nue* ed *apparenti*, tiene luogo di titolo » (art. 692).

« Non vi è destinazione del padre di famiglia, se non quando sia pro- » vato che i due fondi attualmente divisi appartenevano allo stesso pro- » prietario, e che siano da lui state poste le cose nello *stato* dal quale ri- » sulta la servitù » (art. 693).

« Se il proprietario dei due fondi, tra i quali esista un *segno* appa- » rente di servitù, dispone d'uno di essi senza che il contratto contenga » veruna convenzione relativa alla servitù, questa continua ad esistere » attivamente o passivamente in favore del fondo alienato o sul fondo » alienato » (art. 694).

§ 817. Alla lettura di questi articoli si presenta tosto una difficoltà. Qui da una parte si suppone che il fondo dominante ed il serviente siano posseduti prima dallo stesso padrone; e dall'altra poi si prescinde dalla

condizione che la servitù venga stabilita con atto formale ed espresso, sia nel testamento, sia nel contratto col quale si trasmette il fondo; ed anzi si suppone espressamente la mancanza di quest'atto costitutivo della medesima. Dunque in certa guisa pare che qui la servitù sorga dal nulla. Dico che pare sorgere dal nulla, perocchè niuno può concepire che esista servitù fino a che i due fondi sono nelle mani dello stesso proprietario. *Res sua nemini servit.* Sia pur vero che prima che fossero uniti sotto un solo dominio, ed essendo i due fondi posseduti da diversi, avesse esistito servitù fra di essi. Ciò non conclude a nulla, perocchè essa svanisce colla loro posteriore riunione nelle mani dello stesso proprietario. Questa è la precisa disposizione del Codice, conforme alla legge romana (1). « Qualunque servitù (dice l'art. 705) si estingue riunendosi in » una sola persona la proprietà del fondo dominante e quella del fondo » serviente. »

§ 818. Ma se durante il possesso del proprietario comune non esistette servitù, e se nel passaggio al successore, a titolo sia generale, sia particolare, essa non fu stabilita, come potremo noi figurarci la nascita di cotale servitù?

Questa difficoltà viene tolta se distinguiamo la servitù *materiale* dalla servitù *giuridica*. Io posso far servire l'acqua del mio fontanile al mio prato ed al mio orto, senza che la mia reale padronanza sia vincolata a nessuno. Questa padronanza sarebbe vincolata allorchè essendo io padrone del fontanile, fossi obbligato a mandar l'acqua per un solo minuto in un anno allo stesso prato altrui appartenente. Ciò ch'è servigio *materiale* da me imposto, e *rivocabile* a mio arbitrio (fino a che i due fondi stanno presso di me), si converte in ufficio morale, ossia in servitù *giuridica*, allorchè questi due fondi passano ad acquirenti diversi. Ma questa conversione è nè più nè meno consensuale, benchè tale non apparisca. In mancanza di spiegazioni verbali lo stato dei fondi parla da sè. Trasmetterli e riceverli come stanno, è atto consensuale; e ciò basta per istabilire la servitù.

Qui il consenso scambievole non risulta da un atto *apposito* dei contraenti, ma viene presunto dalla *legge*. Dunque la servitù contemplata dai detti articoli deve collocarsi fra quelle che vengono riconosciute dalla legge *in conseguenza* dell'intenzione di volere lo stato stesso materiale,

---

(1) Leg. 26. Leg. 30. Dig. *De servit. urb. praed.* Leg. 27. Leg. 33. in fine. Dig. *De servit. praed. rustic.* Leg. 7. Leg. 10. in fine. Dig. *Commun. praed.* Leg. 1. Dig. *Quemad. servit. amit.*

preordinato dal padrone. Questa origine somministra una *seconda classe* di servitù presunta dalla legge, e distinta dalla *prima classe*, della quale ci siamo occupati al principio di quest'Opera. Questa presunzione precede il possesso, come la prescrizione lo sussegue.

§ 819. Noi abbiamo distinte le servitù *primitive* dalle *derivative*, le *originarie* dalle *filiali*, le *principali* dalle *subalterne*, le *antecedenti* dalle *conseguenti*. Nella classe adunque di queste servitù *derivative*, *filiali*, *subalterne* e *conseguenti* dobbiamo distinguere due *rami*. Il primo comprende quelle di *titolo convenzionale espresso;* il secondo comprende quelle di *titolo convenzionale tacito*, autenticato dalla legge col titolo, senza por mente al possesso.

Tutto questo è la conseguenza delle disposizioni dei detti articoli, nei quali la *preordinazione* dei servigi materiali fatta da un padrone si fa valere come quella della stessa convenzione. E per provare che questa è la vera intenzione dei citati articoli, conviene ricorrere alla giurisprudenza dalla quale furono desunti. Così intenderemo tanto la denominazione di *destinazione del padre di famiglia*, quanto la *disposizione legislativa*. Fra molti scrittori io scelgo il Pothier, che scrisse sulle costumanze di Parigi. « Allorchè (egli dice) due fondi appartengono allo » stesso padrone, il servigio che l'uno ritrae dall'altro (come, per esem- » pio, quando una casa guarda o si scarica per qualche condotto su di » un' altra) non è veramente *servitus*, *quia res sua nemini servit* (leg. » 26. Dig. *De verborum significatione*), ma è soltanto *destinazione del* » *padre di famiglia.* »

« Che se dappoi queste case passano sotto il dominio di differenti » padroni, sia per via di alienazione fatta dal proprietario anche d'una » sola di esse, sia in forza di divisione fra gli eredi di lui, allora il ser- » vigio che l'una di queste case ritraeva dall' altra, e che durante il do- » minio unito sotto lo stesso padrone denominavasi *destinazione del pa-* » *dre di famiglia*, diventa *diritto di servitù* competente al proprietario » d'una casa sull'altra. E per far nascere questo diritto non occorre che » nell'atto di alienazione o di divisione intervenga un atto espresso, col » quale la servitù sia stabilita; imperocchè la casa alienata viene ripu- » tata essere stata ceduta nello stato in cui si trovava. Così pure allor- » chè furono assegnate colla divisione ereditaria, si ritiene essere state » assegnate nello stato in cui si trovavano. Di qui viene, che l'una passa » col godimento della veduta o dello scarico ec. sull'altra, e questa pure » passa coll'onere di soffrire la veduta o lo scarico ec. della prima. Con » ciò viene stabilita la servitù. Ecco quello ch' è dinotato nella nostra

» costumanza col detto, che *la destinazione del padre di famiglia equi-*
» *vale al titolo.* »

§ 820. Con questo passo di Pothier viene spiegato come nasca il titolo di servitù suddetto. E qui cade un'osservazione importante per ben valutare la forza di questa *destinazione.* Fingiamo il caso che Pietro, vita sua durante, avesse destinato l'acqua del suo fontanile ad alimentare una peschiera per mantenervi pesci dorati, o per vaghezza d'un getto di fontana. Ecco la sua destinazione. Egli muore intestato, lasciando due figli. Questi passano alle divisioni. L'uno rappresenta che i prati vicini toccati in porzione a lui abbisognano d'essere irrigati, e domanda di volgere la metà dell'acqua del fontanile a benefizio dei prati. Credete voi che il giudice possa opporgli come divieto la destinazione data dal defunto? Non mai; ma egli seguirà la convenienza di un'equa divisione, senza imbarazzarsi di questa destinazione anteriore. A che dunque si riduce questa destinazione? Forse ad essere legge *vincolante?* Non mai; ma ad una pura *indicazione* di fatto d'una qualità del fondo verso un altro. Quando il fondo venga accettato senza eccepire o riservarsi la detta qualità, egli passa con quella, e ne nasce diritto e rispettiva obbligazione di servitù.

§ 821. Per conoscere il disposto del Jus romano havvi il responso di Fiorentino, riportato nella legge 116. § 4. Dig. *De legatis*, Lib. I. In questa legge s'incomincia a dichiarare in massima generale, l'erede essere tenuto a consegnare ad altri il fondo *nello stato nel quale si ritrova alla morte del testatore.* Quindi dichiara, che se per caso prima di cadere in dominio del testatore fosse stato o dominante o serviente rispetto ad un altro posseduto dal testatore, e che coll'essere caduto sotto l'unico dominio suddetto fosse stata estinta la servitù prima esistente, ciò non ostante risorge la servitù; talchè se il legatario, in caso che il suo fondo riuscisse serviente, non la volesse stabilire, gli si potrebbe rifiutare la domanda del legato; e viceversa se il fondo dell'erede fosse serviente, e ricusasse l'onere della servitù, si potrebbe agire contro di lui in forza del testamento (1).

§ 822. Prego a por mente alla frase precisa del testo. Colla confusione fu spenta la servitù giuridica. Dunque dev'essere imposta di nuovo. Co-

(1) « Fundus legatus talis dari debet, qualis relictus est. Itaque sive ipse, fundo haeredis, servitutem debuit sive ei fundus haeredis, licet confusione dominii servitus extincta sit, pristinum jus restituendum est. Et nisi legatarius imponi servitutem patiatur, petenti ei legatum exceptio doli mali opponetur: si vero fundo legato servitus non restituatur, actio ex testamento superest. » A maggiore spiegazione di quest'ultima parte

me avviene ciò? Coll'adesione del padrone del fondo serviente alla domanda del padrone del fondo dominante. Ma se il testatore in vita sua avesse tolto il *servigio materiale*, si potrebbe forse verificare più quest'obbligo? Se tra i due fondi figurati vi fosse stato, per esempio, il servigio di un'acqua, e il testatore divenuto padrone di amendue lo avesse levato, si potrebbe più verificare la sentenza di Fiorentino? No certamente. E perchè? Perchè se il servigio fosse stato levato prima dal padrone, il fondo non sarebbe stato trovato dotato dal medesimo. Ma così è, che la causale per la quale si deve imporre e ricevere la servitù risulta dallo *stato* materiale delle cose, ossia dal servigio effettivo che si trova esistere alla morte del testatore: dunque è per sè manifesto che l'obbligo di assumere la servitù qui contemplato è puramente *conseguente*, e dipendente dallo stato di servigio nel quale i due fondi furono posti e lasciati dal padre di famiglia. Il legatario coll'accettare il legato, e l'erede coll'adire l'eredità acconsentono in massima di consegnare e ricevere le cose nello stato in cui furono lasciate dal testatore. Ricusa forse il legatario la servitù? Allora egli vuole scindere la disposizione, accettare la parte favorevole, e rigettare la contraria. Ciò non è permesso, e però è giusto ch'egli decada dal legato inseparabile dalla condizione con cui fu lasciato. Ricusa egli l'erede di prestarsi al servigio prediale indotto dalla destinazione fatta o lasciata a favore del fondo legato? Allora deve esservi costretto giudizialmente.

Ad ogni modo però lo stato di materiale servigio, nel quale si trovano i fondi, deriva intieramente dalla sola autorità del testatore, ossia meglio dallo stato in cui egli morendo lasciò le cose. Sia che lasci sussistere, sia che imponga egli questo servigio, è lo stesso, perocchè tutto dipendeva dal di lui beneplacito. Ciò che decide si è lo *stato* di servigio effettivo, dal quale dipende la servitù giuridica: *fundus talis dari debet, qualis relictus est.*

---

ecco la sentenza di Papiniano. « In *omnibus* » servitutibus, quae aditione confusae sunt, » responsum est, doli exceptionem nocituram » legatario, si non patiatur eas iterum im» poni. » Leg. 18. Dig. *De servit.*

Qui debbo far avvertire ad una importante differenza fra questo caso e quello contemplato da Pomponio nella leg. 9. Dig. *Communia praed.* Ivi non si tratta di *destinazione del padre di famiglia.*

CAPO XVII.

Come si debba far operare la servitù materiale preesistente tanto nei contratti, quanto nella eredità. Discrepanza col Diritto romano.

§ 823. Ma qui sorge una *variante* fra il Diritto romano e il Codice Napoleone. Questi proclama la servitù, e la considera imposta fra due, allorchè l'uno dà e l'altro riceve il fondo nello stato in cui fu posto prima. Tale disposizione è comune alle disposizioni fra vivi e di ultima volontà, semprechè apparisca la servitù. La legge romana per lo contrario in un legato non presta che l'*azione* fra un erede ed un legatario. Quanto poi alle ragioni fra gli eredi, l'*attitudine* materiale da lui lasciata riesce senza conseguenza. Finalmente, quanto all'alienazione di un fondo materialmente serviente ad un altro riunito nella stessa mano, la legge romana dal silenzio dei contraenti non presume che sia stata contratta nè attivamente nè passivamente veruna servitù, ma esige un atto formale che ne formi il titolo.

§ 824. A fine di ben intendere la dottrina conviene separare gli oggetti. Altri sono i rapporti giuridici di due fondi posseduti da due proprietarii *distinti*, ed altri sono i rapporti di due fondi posseduti dallo *stesso* padrone. Quanto ai primi, è certo e concordato fra il Diritto romano ed il Codice Napoleone, che i due fondi passano ai successori col beneficio o col rispettivo onere, senza che siavi bisogno d'una *rinnovazione contrattuale* della servitù. Ciò si sente annunciando solamente il detto: *servitus inhaeret fundo qualitasque praedii est.* Ciò che può importare alla lealtà dei contratti è di *manifestare* le servitù sì attive che passive, onde l'acquirente non risenta danno o col non usarne, o coll'essere inopinatamente vincolato nel libero esercizio della sua proprietà.

§ 825. Passiamo ora a due fondi esistenti presso lo *stesso* proprietario, e incominciamo dal caso in cui l'uno sia stato legato ad un estraneo, e l'altro passi all'erede chiamato. Fingasi una servitù materiale tra di essi. Deve ella gravitare sul fondo del legatario? Allora, secondo la legge romana, l'erede fa suo il fondo legato, quando il legatario ricusi di assoggettare il fondo alla servitù giuridica. Deve forse gravitare sopra un fondo ereditario? Allora il legatario ha diritto di costringere l'erede a stabilirla in forza del testamento. Che cosa risulta da tutto questo? Che nel Codice Napoleone la servitù è stabilita mediante il *fatto* del silenzio interpretato come consenso. Nella legge romana per lo contrario dev'essere dedotta in atto formale, come esecuzione della mente del testatore.

Questo non è ancor tutto. La disposizione del Codice Napoleone abbraccia tanto i casi delle acconsentite successioni ereditarie, quanto quelli dei contratti. Quella della legge romana, per lo contrario, non riguarderebbe che un atto testamentario fra un erede ed un legatario.

§ 826. Ho detto in primo luogo che la disposizione del Codice Napoleone abbraccia le *successioni* acconsentite. Io prego i lettori a por mente a questa qualificazione, e che cosa importi nella presente materia. Nel Diritto francese vige il principio, che *le mort saisit le vif;* vale a dire, che la eredità è devoluta al successore per ministero della legge, salvo sempre all'erede il diritto di rifiutarla o di adirla col benefizio della legge, e dell'inventario esercibile entro un dato tempo. In questo sistema dunque veggiamo che la successione ereditaria si effettua tanto per fatto della legge, quanto per fatto dell'uomo. Quello della legge precede; quello dell'uomo sussegue. Quello dell'uomo è necessario per *rifiutare* e per *modificare*, ma non per *continuare* la rappresentanza dei diritti reali del defunto. Questa continuazione viene operata dalla legge, semprechè il successore non vi si opponga, o frapponga condizioni.

§ 827. In questo sistema tutto sociale, e molto spedito, nel quale non s'intrudono interruzioni perniciose alla continuità economica, si deve por mente ai rapporti fra erede ed erede, e fra l'erede e gli estranei. Siffatti rapporti sono quelli che possono riguardare le servitù prediali stabilite in conseguenza delle servitù materiali esistenti fra i fondi. Fingiamo forse il caso d'un legato fatto dal testatore d'un fondo o attivamente o passivamente affetto da una servitù perpetua ed apparente? In questo caso è lo stesso come se lo avesse donato in vita. Allora coll'accettazione della donazione si acquista o si contrae la servitù come qualità del fondo e come condizione dell'acquisizione. Fingiamo forse il caso della divisione dei fondi ereditarii fra i chiamati, sia dalla legge, sia dal testatore? Allora la *destinazione del padre di famiglia* non è *legge*, ma sola *qualificazione* dei fondi ereditarii. Essa se venga accettata anche tacitamente col ricevere i fondi senza nulla eccepire, opera lo stabilimento della servitù giuridica. In caso poi che piaccia fare innovazioni, esse o vengono acconsentite dagli eredi, o vengono stabilite nella più equa maniera dal ministero del giudice.

Questa è l'intenzione della legge, e con tale intenzione veggiamo sempre operare il consenso. E per avvalorare la nostra dottrina, specialmente nel punto ultimo della divisione ereditaria di fondi affetti da servigi materiali atteggiati da un defunto, conviene ricordare che il Codice Napoleone coi citati articoli trasfuse in legge generale quel meglio che

si trovava già sanzionato dalle costumanze di alcuni paesi. Giova dunque considerare un caso sottoposto alla costumanza di Parigi, onde porre in luce l'intenzione del Codice suddetto.

CAPO XVIII.

Speciale conferma e schiarimenti sul modo di operare d'una servitù materiale preesistente nelle divisioni ereditarie, secondo il Codice Napoleone.

§ 828. Prima dell'anno 1775 la signora Lavallée aveva lasciato nella sua successione parecchi edificii, granai, torchii ec., fra i quali aveva fatto praticare comunicazioni ed aperture per agevolarne i servigi.

Colla divisione ereditaria, eseguitasi nel 1775, Giacomo Lavallée ricevette una parte di questi edificii; l'altra parte fu assegnata ai conjugi Martin.

Nell'atto di divisione furono espresse tutte le servitù che si stimò meglio di conservare dagli eredi ec., e di addossare rispettivamente alle parti; ma nulla fu stabilito rispetto alle aperture fatte praticare dalla defunta a servigio della parte ereditaria toccata al coerede Giacomo Lavallée.

In vista di questo silenzio dell'atto di divisione, i conjugi Martin si avvisarono nell' anno 10. di far convenire in giudizio Lavallée, dimandando che fossero tolte le suddette aperture. Il reo convenuto ricusò di prestarsi alla domanda degli attori, pel motivo che le dette aperture derivando dalla *destinazione del padre di famiglia*, acconsentita tacitamente dai coeredi nella divisione fatta, egli la riteneva come *titolo* autorizzato dalla legge.

Il giorno 5 germile, anno 11., il Tribunale di Chartres ordinò la soppressione delle finestre ed aperture.

Questa sentenza fu fondata sul motivo, che nel silenzio della consuetudine di Chartres dovendosi ricorrere a quella di Parigi, e trovandosi che questa non ammetteva servitù senza atto espresso, e che dall'altra parte colle divisioni fatte nell'anno 1775 non erano state contemplate, si doveva concludere che le parti non vollero nè punto nè poco stabilirle.

Contro questa sentenza fu interposta appellazione alla Corte d'Appello di Parigi, la quale il giorno 10 piovoso, anno 12., emanò la seguente

Decisione.

« Attesochè in jus è principio consacrato dal diritto consuetudina-
» rio generale e da tutti gli altri, che se di due case o fondi vicini, ap-

» partenenti allo stesso proprietario, l'uno sia alienato per qualunque ti-
» tolo o per qualunque causa; o se, in conseguenza d'un atto di divi-
» sione fatto fra coeredi, le due case o fondi cadano fra le mani di per-
» sone differenti, la *destinazione* dell'antico proprietario equivale a titolo,
» e le servitù debbono rimanere nello stesso stato in cui si trovavano
» allorchè le cose furono separate, senza altro titolo o contratto, a meno
» che non sia stato altrimenti convenuto coll'atto di alienazione o di
» partaggio. »

« Attesochè in punto di fatto fu riconosciuto fra le parti, che i luo-
» ghi si trovano al dì d'oggi nello stesso stato, e tali e quali furono co-
» strutti dal padre di famiglia, e tali come venivano goduti da Maria
» Giovanna Lavallée, autore comune; che il silenzio dell'atto del 1775
» sulle servitù, delle quali si tratta, non può essere riguardato come di-
» struttivo del diritto reclamato dal Lavallée, imperocchè se eravi ne-
» cessità di conservare, mediante stipulazione espressa, il diritto di an-
» dare ad abbeverare i bestiami alla fossa e attingere acqua dai pozzi
» nella corte di Martin e sua moglie, il quale diritto costituisce una ser-
» vitù discontinua, questa necessità non vigeva più rispetto alle servitù
» di cui si tratta, le quali erano continue ed apparenti, e si manifesta-
» vano colle costruzioni esteriori dei luoghi. »

« Osservando poi, che coll'atto del 1775 non fu imposto ai pro-
» prietarii della prima porzione toccata in divisione l'obbligo di otturare
» le porte e le aperture allora esistenti, si deve concludere che l'in-
» tenzione dei condividenti fu, che queste porte ed aperture fossero con-
» servate; ed eziandio che questa intenzione si manifesta evidentemente
» mediante il silenzio conservato durante ventisette anni. »

« Perciò, ec. ec..... »

« Del 10 piovoso, anno 12. — Tribunale d'Appello sedente a Pa-
» rigi, seconda Sezione (1). »

OSSERVAZIONI E SCHIARIMENTI.

§ 829. I. Io domando in primo luogo *quali specie* di servitù prediali vengano qui sottoposte alla *destinazione del padre di famiglia*. — È manifesto che ne sono escluse le servitù *discontinue*, e vi sono inchiuse le sole *continue* ed *apparenti*. « Se era necessario (dice la Decisione) di
» conservare, mediante una *stipulazione espressa*, il diritto di andare
» ad abbeverare ec., il quale diritto costituisce una servitù *discontinua*,

(1) Vedi Sirey, *Recueil général des lois et arrêts*. Tom. IV. Part. II. pag. 728 e 729.

» questa necessità non vigeva più rispetto alle servitù di cui si tratta, le » quali erano *continue* ed *apparenti*, attesochè tali si manifestavano » colle palesi costruzioni esteriori dei luoghi. » Con questa massima siamo in perfetta concordanza coll'art. 692 del Codice Napoleone sopra riportato.

II. In secondo luogo domando in *quali casi* si possa far valere la suddetta destinazione. — Rispondo, ch'essa vale tanto nelle *divisioni ereditarie*, quanto nei *contratti di alienazione* fatti dal padrone comune di due fondi affetti da una visibile e continua servitù prediale. Sì l'uno che l'altro caso viene espressamente spiegato nel principio della detta Decisione, come rilevasi dalla sola esposizione letterale.

Tal' è anche la sentenza espressa dagli articoli del Codice Napoleone sopra riportati. Questo Codice ha voluto in particolare spiegare nell'art. 694 la creazione per via di contratto, mediante l'esistenza dei *segni apparenti*, poichè su questo punto importava di stabilire una massima incontroversa.

III. Restringendoci sempre alle servitù continue ed apparenti, si domanda in terzo luogo se sotto quelle intese dal Codice debbansi intendere *tutte le possibili* destinazioni introdotte dal padrone dei due fondi, o solamente quelle che pei consueti reali beneficii dei fondi e per l'uso loro *aumentano* il *valore commerciale* comune di un dato fondo o rustico o urbano.

A questa domanda risponde per me il Relatore del Tribunato nell'esporre il tenore dell'art. 693. Egli, dopo averne riferita la disposizione, prosegue dicendo: « Dumolin aggiunge una condizione cui il Progetto » non aveva bisogno di annunziare, perocchè essa altro non è che una » *conseguenza necessaria* del complesso della sua teoria; voglio dire, » che la destinazione deve avere per oggetto un VANTAGGIO PERPETUO, » e non una *comodità* od una *convenienza passaggiera* (1). » Non una pura comodità, non una convenienza passaggiera, ma un *vantaggio perpetuo*, e quindi tale per tutti i padroni: ecco l'oggetto proprio della servitù continua ed apparente, che può risultare dalla *destinazione del padre di famiglia*, secondo la positiva disposizione del Codice Napoleone.

§ 830. Per la qual cosa nell'esempio da me proposto d'un proprietario che destinò l'acqua di un suo fontanile ad oggetto di puro lusso non

(1) *Rapport fait au Tribunal par le tribun Albisson au nom de la Section de la Legislation*. Seance du 7 pluviose, an. 12. — *Exposé des motifs, etc.* Tom. IV. pag. 137. Paris, chez Firmin Didot, an. 12., 1804.

vi ha nemmeno il servigio materiale *capace* a fondare quella servitù che fu intesa dalla legge. Fingete dunque il caso che, morto il proprietario, si faccia la divisione fra due fratelli; e che all'uno tocchi il fondo nel quale vi è il fontanile, e all'altro tocchi il fondo nel quale esiste la vasca dei pesci dorati, o la fontana di spettacolo. Supponiamo che nelle divisioni nulla sia stato stabilito nè sulla proprietà, nè sull'uso dell'acqua: si domanda se il fratello, al quale toccò il fontanile, possa, quando gli piace, disporre dell'acqua a suo beneplacito. — La quistione è sciolta da sè dalle cose ora spiegate.

Tutto questo riguarda lo speciale diritto introdotto dal Codice Napoleone, perocchè secondo il Diritto romano la servitù materiale, non dedotta in *patto espresso*, non costituisce servitù giuridica nemmeno nel caso in cui si considera quale pregio del fondo lasciato da un testatore ad un legatario, come sopra fu veduto.

CAPO XIX.

Questione speciale, se l'art. 694 comprenda anche le servitù discontinue apparenti.

§ 831. « Se il proprietario di due fondi, tra i quali esista un segno » apparente di servitù, dispone d'uno di essi senza che il contratto con» tenga veruna convenzione relativa alla servitù, questa continua ad esi» stere attivamente o passivamente in favore del fondo alienato o sul fon» do alienato » (art. 694 del Codice Napoleone). — Qual' è l'ipotesi di fatto qui figurata dal legislatore? Che due fondi siano simultaneamente posseduti da uno stesso proprietario, il quale esercita sopra di essi uno stesso individuo, libero e pieno dominio. Posta questa ipotesi di fatto, qual è il principio fondamentale di diritto proclamato dalla legge stessa? Il principio è, essere impossibile servitù giuridica fra i due fondi sino al punto, che se fra essi, posseduti da diversi proprietarii, avesse preesistito qualche servitù, essa viene estinta col cadere nel dominio di uno dei due proprietarii; ossia la servitù viene tolta colla riunione dei due fondi nella stessa persona. « Qualunque servitù si estingue (dice l'art. 705) » riunendosi in una sola persona la proprietà del fondo dominante e » quella del fondo serviente. »

§ 832. Ciò posto, il segno apparente di servitù, di cui parla l'art. 694, qual senso preciso esprime? Esprime forse *servitù giuridica*, o semplice *servitù materiale?* È per sè evidente, che esprime soltanto la pura servitù materiale. Ma se è così, a che si riduce dunque la disposizione le-

gislativa? Essa si riduce ad esprimere che qui siamo nei termini puri e precisi della *destinazione del padre di famiglia*, e che si tratta unicamente dello stato materiale indotto o lasciato a beneplacito del proprietario fra i due fondi da lui posseduti.

Ma se siamo nei termini della *destinazione del padre di famiglia*, dobbiamo necessariamente far valere la disposizione a norma della massima spiegata dall'art. 692, e però applicarla agli oggetti espressamente inchiusi ed energicamente voluti dal detto articolo. Ora a quali specie di servitù estese esso l'autorità di questa destinazione? Forsechè vi comprese anche le servitù discontinue? No certamente. Esso si restrinse soltanto alle servitù continue ed apparenti. Dunque estendere questa destinazione alle apparenti discontinue è un arbitrio non autorizzato dal testo della legge. Dunque per lo meno gratuitamente nell'art. 694 si vorrebbero comprendere le servitù discontinue apparenti, espressamente escluse dall'autorità della *destinazione del padre di famiglia.*

§ 833. Certamente ognuno sa che *incivile est judicare nisi tota lege perspecta.* La lettura e l'intelligenza dei tre articoli consecutivi dovendo essere combinata ed accettata giusta il dominante principio legislativo, porta di necessità a riguardare la servitù di cui parla l'art. 694 come puramente materiale, e però come mera disposizione e atteggiamento fisico voluto dal proprietario comune. Ma se in forza dell'art. 692 questa disposizione non è capace a produrre *titolo giuridico* se non rapporto ai servigi continui ed apparenti prediali; dunque è forza conchiudere che la disposizione dell'art. 694 cade sullo stesso oggetto, onde produrre lo stesso effetto.

Se abbisognassero autorità, potrei ricavare una conferma dalla Decisione sopra riportata, la quale restrinse la forza delle servitù materiali, operate da un comune proprietario nel caso di alienazione, alle sole servitù continue ed apparenti, ed escluse positivamente le discontinue, sebbene apparenti. La ragione comune viene in soccorso; perocchè quando si dovessero accogliere anche le servitù discontinue apparenti, si aprirebbe un seminario di liti perplesse ed inestricabili, attesochè lo stesso segno diventa molte volte equivoco.

§ 834. Tutto questo è ancor poco. Sopra abbiamo veduto che il Codice Napoleone non ammette lo stabilimento di servitù discontinue se non mediante formale documento in iscritto. Esso dunque esclude ogni via presuntiva e congetturale di tacito consenso. Ma così è, che nel far valere la servitù materiale, non rifiutata nè contraddetta come titolo formale, si fa giocare il solo tacito consenso. Dunque se questo modo si

volesse estendere allo stabilimento delle servitù discontinue, esso farebbe alle pugna colla energica ed espressa disposizione di stabilire mediante soli documenti. La legge dice bensì che la servitù materiale continua ed apparente equivale a titolo (*vaut titre*); ma non dice che questa si debba stabilire *par titres*, come l'articolo antecedente, parlando del modo di stabilire le servitù discontinue apparenti. A che dunque si ridurrebbe la cosa? Se si volesse sostenere che le servitù discontinue apparenti si possono stabilire in una maniera tacita, qual'è per la destinazione dell'art. 692, si verrebbe a distruggere l'art. 691, in cui si comanda assolutamente che tali servitù non si possono stabilire che espressamente e con documenti formali (*par titres*). Dunque tutto il complesso di questi quattro articoli sforza assolutamente ad intendere che l'art. 694 parli di servigio apparente e continuo, escluso qualunque servigio discontinuo.

§ 835. Malgrado questa palpabile dimostrazione, trovo che il signor Merlin, riportando gli articoli 692. 693. 694 del Codice Napoleone, ha lasciato scritto quanto segue.

« Ces trois articles donnent lieu a quelques observations importantes.»

« D'abord il y a entre les deux prémiers et le troisième une diffé-
» rence essentielle: les deux prémiers ne portent que sur les servitudes
» *continues* et *apparentes*; le troisième comprend toutes les servitudes
» apparentes, continues ou non (1). »

Se domandate i motivi di questa opinione, voi non ne trovate veruno, poichè non è piaciuto all'illustre autore di allegarne. Ma se gli argomenti sopra prodotti sono convincenti, che cosa dobbiamo conchiudere? Che *bonus aliquando dormitat Homerus*. Era però necessario chiamare ad esame questa sentenza, sì perchè poteva cadere in mente di qualche altro, e sì perchè l'autorità di sì grand'uomo poteva trascinare molti lettori nella stessa opinione, che a noi pare erronea, e, quel ch'è più, perniciosa nel commercio, e fomento di liti perplesse. Anche di troppo, contro il solido senso del Diritto romano, fu estesa la forza presuntiva del tacito consenso emergente dalle apparenze materiali di un servigio prediale. E però non conveniva a quest'oggetto attribuire un'estensione contro il voto generale, energicamente dimostrato dal Codice Napoleone, di assicurare con atti espressi la libertà delle proprietà immobiliari.

(1) *Repertoire*, article *Servitude*, § 19.

CAPO XX.

Spiegazione dei modi romani, onde attivamente e passivamente stabilire e trasmettere una servitù in qualunque contratto. Applicazione speciale all'acquedotto.

§ 836. Sopra abbiamo fatto notare che il Codice Napoleone *concorda* col Diritto romano sul punto dell'*inerenza* della servitù prediale, allorchè si tratta del *passaggio* dall'uno all'altro possessore *distinto*, e fino a che i due fondi non cadono nelle stesse mani. Quando si fa l'unione nelle stesse mani, i due fondi riuniti perdono la qualità di dominanti e servienti, e divengono perfettamente liberi ed allodiali (1). Parliamo un linguaggio più diretto. Il diritto di esclusiva e piena proprietà della cosa mia inchiude essenzialmente il diritto di fare di essa ciò che a me piace, senza nuocere all'altrui proprietà. È logicamente impossibile, ammesso il concetto della piena libertà suddetta, ammettere quello di un vincolo, di una dipendenza verso il mio simile ed eguale. Dunque è logicamente impossibile ammettere servitù giuridica fra le cose possedute a pieno dominio dallo stesso proprietario. Ecco il senso diretto, nudo, filosofico della sentenza del Diritto romano espressa colle parole RES SUA NEMINI SERVIT. Per lo contrario allorchè esiste l'obbligazione di un servigio prediale verso un altro, ripugna essenzialmente che questa obbligazione possa essere tolta a mio arbitrio. Dunque fino a che non inter-

(1) Quanto al Diritto romano veggansi le seguenti leggi. Leg. 1. Dig. *Quemad. servit. amittatur*, juncta Leg. 5. princ. Dig. *Si usufructus petatur*. Leg. 26. Leg. 30. Dig. *De servit. praed. urb.* Leg. 27. Leg. 33. in fine Dig. *De servit. praed. rustic.* Leg. 7. Leg. 10. in fine Dig. *Commun. praed.*

Quanto poi al Codice Napoleone, vedi l'art. 705 sopra riportato.

Nel Codice austriaco esiste il seguente articolo. « Quando si riunisce in una sola „ persona la proprietà del fondo serviente e „ del fondo dominante, cessa da sè la servitù. „ Che se uno di questi fondi riuniti venga di „ nuovo alienato, senza che la servitù fra questo tempo sia stata cancellata dai libri pub- „ blici, il nuovo possessore del fondo domi- „ nante ha diritto di esercitarla » (§ 527). L'ultima parte di quest'articolo quale conseguenza porta ella con sè? Fatto proprietario libero ed incommutabile del fondo dominante e del serviente, benchè tolga qualunque traccia materiale di servitù apparente, e benchè per liberarmi da un semplice vincolo di divieto deteriorante i miei fondi abbia acquistato il fondo dominante, non ho fatto nulla, se non fo seguire la formalità della cancellazione. Più ancora: il vincolo non solamente di una servitù continua ed apparente, ma di qualunque altra specie, dura malgrado che io abbia acquistata la libera, piena ed incommutabile proprietà dei due fondi dominante e serviente, e per diritto civile si dichiari spenta la servitù; e malgrado pure che dai registri, ne' quali furono inscritti gli acquisti dei due fondi, *risulti* l'abolizione pronunciata in diritto dalla legge.

venga il consenso di colui, verso del quale sono obbligato, non si può figurare che io venga sciolto dalla mia obbligazione. Tal'è la conseguenza del principio: *Per ea quae fiunt, per ea et dissolvuntur.* Da ciò viene, che nel sistema rappresentativo successorio questa obbligazione, e quindi il rispettivo legame o servigio reale, si propaga (1) fino a tanto che non sopravvenga qualche innovazione dal canto dell'oggetto materiale o dal canto delle parti interessate, o finalmente dal canto della legge, che fa operare il tempo nelle sociali transazioni (2).

§ 837. Ecco in compendio tutto lo spirito della *inerenza giuridica* delle servitù prediali, tanto secondo il Diritto romano, quanto secondo il Codice Napoleone. Ma circa lo stabilimento titolato *originario* di una servitù prediale, noi non troviamo nel Diritto romano che siasi fatto valere altro principio, se non quello dell'*espresso consenso.* Dico nello stabilimento *originario;* perocchè qui si tratta del *titolo* per fondare con un atto primo una servitù definitiva consensuale, e non si tratta o di corroborarla col *tempo*, o di coprire colla prescrizione il vizio di un servigio appreso per un colpo di mano. Importa assaissimo per tutti i possessori aventi causa da titoli *anteriori* al Codice Napoleone di riconoscere l'originaria libertà dal Diritto romano conservata.

§ 838. Dunque l'ultima questione che si presenta è, = se il principio della *destinazione del padre di famiglia*, voluto dal Codice Napoleone, si possa estendere eziandio al Diritto romano. = Tale quistione si risolve nel dire: = se col dare o col ricevere un fondo da un proprietario che ne ritiene un altro col segno di materiale servigio fra i due fondi, si stabilisca un titolo *legale di giuridica servitù prediale*, fosse pur anche continua ed apparente. =

§ 839. Leggendo il titolo del Digesto *Communia praediorum* ec., trovo nella legge 10. la seguente regola generale di Ulpiano: « Quid» quid venditor servitutis nomine sibi recipere vult, nominatim recipi » oportet. » Questa regola è precisamente l'opposto della disposizione dell'art. 694 del Codice Napoleone; imperocchè, figurando il caso che

---

(1) « Cum fundus fundo servit, vendito „ quoque fundo servitutes sequuntur: aedifi„ cia quoque fundis et fundi aedificiis eadem „ conditione serviunt » dice Ulpiano nella Leg. 12. Dig. *Commun. praed.* — Tutto questo s'intende sì *attivamente* che *passivamente* in forza del principio, che una servitù prediale essendo un diritto reale, segue attivamente e passivamente i trapassi dall'uno all'altro possessore. Questo principio è universale, ed ha luogo anche nel caso della stessa confisca. « Si fundus serviens, vel is cui ser„ vitus debetur publicaretur, utroque casu „ durant servitutes; quia cum sua conditione „ fundus publicaretur » dice Paolo nella Leg. 23. § 2. Dig. *Rustic. praed.*

(2) Delle cause che estinguono si dirà di proposito a suo luogo.

io venda un mio fondo, il quale per un rivo di sponde munite tramandi l'acqua sul fondo inferiore, cui ritengo in proprietà, benchè l'acqua scorra per mia destinazione, si dovrebbe conchiudere che il compratore, se non si riservi la libertà, contragga verso di me la servitù passiva dell'acquedotto pel solo fatto di questa materiale posizione. Tale sarebbe la illazione necessaria del detto art. 694. Ma questa illazione viene rifiutata da Ulpiano, il quale dice che anche nel caso in cui si avesse detto *che il fondo si vende colle servitù come stanno*, non s'induce ancora servitù fra il compratore e il venditore. Perchè ciò? Perchè, risponde Ulpiano, « nemo servitutem sibi debet. Quin immo si debita fuit servitus, » deinde dominium rei servientis pervenit ad me, consequenter dicitur » extingui servitutem. »

Coerentemente a questa massima al titolo *De contrahenda emptione* trovasi nella legge 66. la seguente regola di Pomponio: « In vendendo fundo quaedam etiamsi non condicantur (vale a dire non vengano » espresse) praestanda sunt, veluti ne fundus evincatur aut usufructus » ejus: quaedam ita demum si dicta sint; veluti viam, iter, actum, » *aquaeductum* prestatum iri. »

§ 840. Qui, come ognun vede, Pomponio ci dice in sostanza, che lo stabilimento della servitù non può mai venire sottinteso, nè *tacitamente* accordato, ma deve essere *espressamente* pattuito. Nè potrebbe dirsi che qui Pomponio parli di servitù da altri dovute al fondo venduto, sì perchè egli parla del servigio materiale, e non del jus o dell'obbligo, e sì perchè una servitù viene ad OGNI MODO PRESTATA in forza della sua inerenza. Una ragione d'acqua competente ad un fondo cade nelle cose connesse, le quali *etiamsi non condicantur praestandae sunt*. Tal'è la disposizione della legge 47. Dig. *De contrahenda emptione*. Ivi si dice formalmente, che JUS AQUAE *in emptorem transit*, ETIAMSI NIHIL DICTUM SIT.

La sentenza di Pomponio è conforme alla massima generale del Diritto romano di non riconoscere come servitù *titolate* che quelle le quali vengono stabilite con atto espresso *consensuale*. Questa massima viene compendiosamente espressa e comprovata da Antonio Fabro nel suo Codice colla seguente sentenza, nella quale concorre anche il Voet (1): « Non aliter praestare emptori servitutem venditor debet, quam si NOMINATIM PROMISERIT, quamvis alioquin ad fundum accedere emptor non » possit » (2). In quest'ultimo caso pagando verrà accordato il transito.

(1) *Ad Pandectas*, Lib. VIII. Tit. 1. n.° 6.
(2) In Codice Lib. III. Tit. 24. Definit. 2.

Posta questa massima, troviamo che in via *contrattuale* non si può mai far valere nel Diritto romano la maniera canonizzata dal Codice Napoleone, di stabilire una giuridica servitù in conseguenza della *destinazione del padre di famiglia.*

§ 841. Tale dottrina viene insegnata anche dal Pecchio. Questi forma un caso che può accadere spesso in pratica, ed è il seguente. Pietro, che aveva una *ragion d'acqua* sul canale di Giovanni verso il proprio fondo della Pergola, acquista un altro fondo contiguo, al quale non competeva questa ragione, quindi lo unisce a quello della Pergola; ed imponendo a tutto il corpo unito lo stesso nome, partecipa anche al nuovo fondo il beneficio dell'irrigazione. Avviene dopo ch'egli vende a Paolo il nuovo fondo, senza parlare della ragione d'acqua. Si domanda se Paolo possa pretendere, in forza della legge 47. Dig. *De contrahenda empt.*, che Pietro gli partecipi l'acqua suddetta. Ecco la legge: « Si aquaeductus » debeatur praedio, et jus aquae transit in emptorem, etiamsi nihil di» ctum sit, sicut et ipsae fistulae per quas aqua ducitur. »

§ 842. A tale quistione si può rispondere, che prima di domandare se a Paolo competa la ragione di partecipare dell'acqua, si deve vedere se al nuovo fondo a lui venduto competesse o no la servitù attiva giuridica dell'acqua appartenente al fondo della Pergola. A fine di rispondere a questa ricerca conviene richiamare alla mente la dottrina risguardante l'*inerenza* della servitù prediale. L'inerenza, di cui qui parliamo, riguarda propriamente il *diritto*. Che cosa sia questa inerenza e per quale maniera essa venga indotta, lo abbiamo già spiegato nei Capi IV. fino al IX. del Libro antecedente. Ivi fu detto che « la *destinazione* dell'ac» quirente, *accettata* e *concordata* dal concedente, forma il perno mas» simo, sul quale si aggirano tutti i modi possibili con cui si può e si » deve stabilire l'inerenza reale o prediale, sia della presa o dispensa » delle acque, sia della condotta delle medesime. » Ma questa destinazione che cosa comprende? Forsechè si può ammettere un fondo *indeterminato*, sul quale o a pro del quale venga stabilita la giuridica servitù? No certamente. Il fondo è e deve essere *determinato* almeno con una designazione nominale (1). In natura niente esiste in istato vago

(1) Non confondiamo l'*indeterminato generico* collo *specifico*. Il primo è fuori di ogni considerazione contrattuale; il secondo può entrarvi. Così quando tu mi concedi che io conduca l'acqua per il fondo della Rovere senza indicarne il luogo preciso, ciò involge un *indeterminato specifico,* perchè rimane a concretare la parte speciale sulla quale fissare il transito. Questa indeterminazione non osta al contratto. Se per lo contrario io pretenda, e tu mi accordi a benefizio del mio fondo della Pergola il passaggio di un'acqua

e indefinito, ma tutto esiste in uno stato concreto e limitato. Ma fissato un dato fondo, si acquista un servigio reale a pro del medesimo, e non di altri. Dunque in linea di fatto reale e positivo il diritto viene acquistato a pro di un dato fondo individuale, e non di un altro. Dunque il proprietario del fondo dominante potrà bensì estendere il beneficio dell'acqua conceduta anche ad altri fondi, ma sarà sempre vero che il suo diritto e quindi la servitù attiva riguarda solamente il fondo dedotto in contratto, e viene esercitata soltanto a nome del fondo contemplato nello stabilimento della servitù.

§ 843. Si badi bene alla precisione: *a nome del fondo dominante.* Con ciò si vuole indicare due idee importantissime e decisive per la giurisprudenza. La prima, che il *diritto attivo* di esigere il servigio prediale non può essere trasportato a beneplacito del padrone del fondo dominante ad un altro fondo non contemplato nel contratto, e nemmeno può essere esteso all'altro, senza un apposito consenso del padrone del fondo serviente. Diffatti la destinazione concordata verrebbe cangiata, attesochè la persona materiale del fondo dominante non sarebbe più quella stessa, a favore della quale fu stabilita la servitù. Ma dall'altra parte è pur vero che il padrone del fondo dominante, al quale fu conceduta l'acqua, può, senza aggravare la condizione del fondo serviente, usare a suo beneplacito dell'acqua conceduta. Dunque qui si verifica l'altra idea, sempre sottintesa nella destinazione dell'acqua, vale a dire che il concessionario ne possa usare a suo beneplacito, salvo ogni aggravio del concedente.

§ 844. Questo non è ancor tutto. Considerando da una parte il fondo dominante a guisa di persona, e considerando dall'altra parte il diritto quesito come cosa per sè incorporale, troviamo che il diritto al servigio dell'acqua investe *solidalmente* tutta la persona del fondo dominante; dimodochè per un concetto astratto e metafisico può dirsi quello che gli scolastici dicevano dell'anima umana, cioè ch'essa risiede tutta nel tutto, e tutta in qualunque parte del corpo. Questo concetto presso i giureconsulti riesce dominante, e serve di guida per determinare il trapasso della servitù prediale sia attivamente, sia passivamente (1). Per la

attraverso un fondo qualunque, fra i molti che possiedi, non viene nè punto nè poco stabilita servitù sopra nessuno, perchè non tutti dovendo servire, ma solamente un tale e non altri, nè essendone determinato veruno, manca l'oggetto della convenzione. Ecco l'*indeterminazione generica.*

(1) « Quaecumque servitus fundo debetur, „ omnibus ejus partibus debetur. Et ideo „ quamvis particulatim venierit, omnes par- „ tes servitus sequitur, ita ut singuli recte „ agant jus sibi esse fundo » dice Paolo nella Leg. *Via* 23. § 3. Dig. *De servit. rustic. praed.*

qual cosa, onde attribuire ad un dato fondo il diritto solidale della irrigazione non si poneva mente al fatto materiale della diramazione data alle acque, ma bensì alla *competenza* e al diritto che si considerava appartenere *in solido* a tutto il fondo preso in complesso. Dunque se per caso fosse rimasta molta parte del fondo dominante abitualmente non irrigata dal rispettivo proprietario, questa circostanza non detraeva per nulla alla pienezza del diritto di lui, e si considerava tuttavia che la facoltà della irrigazione appartenesse nè più nè meno a tutte quante le parti del fondo stesso dominante. Qui non si poteva verificare che col non uso si potesse a brani a brani perdere il diritto dell' attiva servitù, ma per lo contrario si considerava rimanere intera e nel suo pieno vigore.

« Aqua si in partem aquagii influxit, etiamsi non ad ultima loca per» venerit, omnibus tamen partibus usurpatur » dice il G. C. Javoleno (1). *Aut tota amittitur, aut tota retinetur;* ecco la regola. *Tota amittitur*, o alienando tutto il fondo dominante, o non usando in niuna parte materiale per tanti anni della servitù; *tota retinctur*, usandone anche in minima parte.

Da questo solidario e reale diritto, del quale vengono dotati i fondi, nasce l'*azione solidale*, che viene attribuita ai possessori dei medesimi. Quindi Ulpiano disse: « Si fundus cui iter debetur plurium sit, unicui» que IN SOLIDUM *competit actio*.... Sed et si duorum fundus sit qui » servit, adversus unumquemque ita agit et (ut Pomponius libro eodem » scripsit) quisque defendit, SOLIDUM *debet restituere*, quia divisionem » haec res non recipit » (2).

Da ciò viene, che la vittoria o la perdita colpisce tutti i compossessori sì attivamente che passivamente, come spiega la detta legge, colla quale concordano tutte le altre. Fatta però la divisione dei fondi dominanti, cessa la *solidarietà;* talchè uno dei padroni può perdere il pro-

---

Qui soggiunge Gottofredo: « Indivisibilia „ et incorporalia tota in toto, et in qualibet „ parte totius sunt. » A parlare esattamente conviene distinguere l'idea del *diritto* dalla idea del *servigio materiale,* formante l'*oggetto* del diritto. La prima non presenta altro che una *facoltà* di esigere o d'impedire qualche cosa in una guisa per legge irrefragabile. Essa quindi presenta il concetto d'un *ente morale,* incorporeo ed indivisibile, tale appunto essendo il concetto di *morale facoltà*. Per lo contrario il *servigio materiale* è essenzialmente cosa divisibile e corporale, per ciò stesso che viene praticato su cose divisibili e corporali, con atti distinti e corporali. Dunque ne viene che il servigio è divisibile. Ma dividendo il servigio si divide il godimento, e però materialmente pare che si divida anche il diritto. Realmente però non si fa che attribuire a più persone sopra le singole parti quella stessa facoltà che un unico padrone aveva sul tutto.

(1) Leg. 9. Dig. *Si servitus vindicetur.*

(2) Leg. 4. ibid.

prio diritto, come si spiegherà a suo luogo (1). Perchè ciò? Sempre per la stessa regola (veggasi la nota antecedente).

§ 845. Poste queste basi, si rende manifesta tutta la teoria della trasmissione e del passaggio sì attivo che passivo della servitù dell'acquedotto. Si considerava forse che il fondo dominante fosse alienato? Allora la servitù passava attivamente al successore, sia particolare, sia generale. Allora nulla concludeva che questo fondo dominante formasse parte di un più vasto podere, il quale partecipasse del beneficio dell'acquedotto. Allora anzi il fondo alienato trascinava con sè *tutto* il beneficio dell'acqua, ed il rimanente rimaneva privo del partecipare ai vantaggi che ritraeva dall'unione. Diffatti mancando il nome del fondo dominante, per mezzo del quale solamente gli altri fondi venivano beneficati, era tolto ogni adito alla continuazione del goduto beneficio. Per la stessa ragione se figuravasi il caso inverso, che fossero stati alienati gli altri fondi uniti, i quali non entrarono nella primitiva destinazione, questi non trascinavano con sè veruna ragione a godere il beneficio loro compartito prima dell'alienazione, ma passavano spogliati del medesimo, attesochè il detto beneficio non era che puramente *imprestato*.

§ 846. Ecco in sostanza tutta la teoria che regola, secondo il Diritto romano, la successione e la trasmissione del diritto di servitù attiva; ed ecco pure i principii sui quali riposava questa teoria, e dai quali essa fu dedotta (2). Ciò posto, venendo alla soluzione del caso nostro, dovremo dire che siccome ai fondi annessi a quello della Pergola non fu da principio compartito il beneficio dell'acqua, ma fu loro soltanto imprestato durante la loro unione con quello della Pergola; così ne viene, che cessando questa unione, pel cui solo mezzo partecipavano del ricordato beneficio, essi cessano d'aver diritto a goderne. Dunque la citata legge non potrebbesi verificare se non nel caso che il fondo stesso della Per-

(1) Vedi la Leg. 6. Dig. *Quemad. servit. amitt.*

(2) Le piccole modificazioni, di cui veggiamo le tracce nel Diritto romano, non alterano questa teoria. Nel Libro seguente tratteremo di alcuna di esse, e specialmente della forza della rappresentazione ereditaria allorchè taluno succede come erede universale a due padroni, l'uno del fondo dominante, l'altro del serviente, quale sarebbe il caso della Legge 9. Dig. *Communia praed.* Qui dirò brevemente, che vendendo un'eredità si vende *omne jus defuncti*. Altro dunque non esprimendosi, sono compresi tanto i beneficii quanto i pesi, tali e quali furono lasciati dal defunto. Dunque se alla morte di lui esisteva una servitù, vendendo io l'eredità, intendo espressamente che venga prestata. Qui non conchiude che il venditore sia erede dell'antecessore serviente, come lo fu del dominante. La questione che qui si tratta è di *fatto contrattuale*. Si domanda sapere che cosa il venditore abbia inteso di cedere, e il compratore di acquistare. Considerata la cosa sotto questo aspetto, noi non incontriamo alcuna incoerenza.

gola o qualunque parte del medesimo fosse alienata. Allora sì che il diritto anteriore quesito verrebbe trasmesso al nuovo possessore del medesimo, altro non restando, in caso di parziale alienazione, che stabilire la quota proporzionale di acqua che gli potesse competere (1).

Questa conclusione è pienamente riconosciuta anche dal Pecchio, il quale pronunciò formalmente, che la *destinazione del padre di famiglia* non è nè punto nè poco operativa per investire il nuovo fondo di alcun diritto attivo di acquedotto; e però che la regola, *fundus debet tradi qualis relictus est*, non si verifica se non nei casi de' quali sopra abbiamo parlato.

CAPO XXI.

Decisione confermativa. — Conclusione di questo Libro.

§ 847. Per ultima conclusione, e per confermare che anche dai Tribunali fu adottata la teoria del Diritto romano da noi esposta nel Capo antecedente, addurremo qui una definizione di Antonio Fabro al proposito di un caso deciso nel 1.° Dicembre dell'anno 1592 dal Senato di Piemonte.

« Alcuni fratelli avevano fondi comuni. In occasione delle divisioni » convennero che i fondi rispettivamente a loro toccati si prestassero » scambievolmente servigio, per andare, venire, passare con animali e » con carri, a meno che non avessero per confine la strada pubblica. »

« Venendo dappoi dall'uno dei condividenti venduto il proprio fon» do, al quale non si poteva pervenire se non che attraversando i fondi » degli altri fratelli, il diritto suddetto di servitù convenuto seguì il fon» do alienato (2), sebbene la stipulazione della suddetta servitù sia stata

(1) Nel Digesto troviamo il seguente passo di Paolo: " Si partem fundi mei certam „ tibi vendidero, aquaeductus jus (etiamsi al„ terius causa plerumque ducatur) te quoque „ sequetur. Neque ibi aut bonitatis agri aut „ usus ejus aquae ratio habenda est, ita ut „ eam solum partem fundi quae praetiosissi„ ma sit, aut maxime usum aquae desideret, „ jus ejus ducendae sequatur; sed pro modo „ agri detenti et alienati fiat ejus aquae divi„ sio. „ Leg. 25. Dig. *De servit. praed. rusticorum.*

Da questa legge si rileva, che la divisione dell'acqua dovuta a titolo di servitù ad un fondo si fa fra il venditore e il compratore *in ragione* delle superficie del fondo venduto e del fondo ritenuto, senza aver riguardo nè alla *qualità* dei fondi, nè all'*uso* fattone prima della vendita. Tal'è anche la regola trattane da Bartolo e da Dionigi Gottofredo. Questa norma serve pure per le divisioni ereditarie, nelle quali si tratta di ripartire i fondi. Siffatta regola serve per ripartire anche passivamente il prezzo dell'onere della servitù.

(2) Leg. *Cum fundo* 36. Dig. *De servitut. rust. praed. facit.* Leg. *Via* 23. § *Sic fundus,* et § *Quaecumque,* eodem titulo.

» concepita riferendosi soltanto alle persone dei condividenti (1). Questa » regola deve aver luogo, a meno che non apparisca evidentemente che » la stipulazione della servitù sia fatta perchè sia dovuta piuttosto alle » persone che al fondo (2); locchè in dubbio non deve presumersi giammai. Questo dubbio poi viene tolto soprattutto nel caso che i frutti di » quel fondo, o à dir meglio il godimento di lui si rendesse frustraneo » senza l'uso della suddetta servitù » (3).

« Nè può nuocere al compratore che il fondo, al quale competeva la » servitù, sia stato venduto semplicemente, oppure che, come si suol » fare, sia stato venduto *cum ingressibus et egressibus*. Imperocchè sebbene sia vero che il venditore non deve altrimenti prestare al compratore una servitù, se non quando espressamente e nominatamente l'abbia promessa, fin anche nel caso che il venditore non avesse accesso » al fondo venduto se non a traverso di quello del venditore (4); ciò non » ostante, se la servitù era dovuta al fondo, deve ritenersi ch'esso sia » stato venduto coi diritti a lui spettanti ed inerenti, tali e quali esistevano presso il venditore; e però si deve ritenere essere stati venduti » col diritto di servitù, ad onta che nel contratto nulla sia stato parlato » della servitù stessa (5). »

« Fingasi pure il caso che il fratello venditore abbia un fondo rimanente confinante colla strada pubblica, e che per mezzo del medesimo, accordando il passaggio al compratore, si possa sottrarre il fondo » degli altri dall'essere attraversato dallo stesso compratore. Questa circostanza non conclude per nulla, onde togliere al compratore la servitù » acquistata, o, a dir meglio, onde trasportarla sul fondo del venditore » a sollievo dei fondi dei fratelli. Diffatti con qual diritto si potrebbe obbligare il fratello venditore ad imporre a un proprio fondo una servitù, la quale egli non sarebbe tenuto a soffrire, se l'altro fratello avesse » venduto la sua porzione (6)? Più ancora, che cosa dovrebbe dirsi se

---

(1) *Dicta lege cum fundo vers. nec ad rem pertinet.*

(2) Leg. *Mela* 14. § ult. Dig. *De alim. legat.*

(3) Questa sembra la sentenza della Leg. 4. e Leg. penult. Dig. *De servitut. rustic. praed.* Leg. penult. Dig. *Si servitus vindicetur.*

(4) Vedi la detta Leg. *Via*, § *Quaecumque*, Dig. *De servit. praed. rustic.* Leg. *In vendendo* 66. Dig. *De contrahenda emptione.* Leg. *Tenetur* 6. § *Si tibi* et sequent. Dig. *De actione empti.* Leg. *Si aqua* 47. cum duabus sequentibus. Dig. *De contrahenda emptione.*

(5) Leg. penult. Dig. *De evictione.* Leg. *Si partem* 19. § 1. Dig. *Quemad. servitut. amitt.*

(6) Niuno può essere contro sua voglia obbligato ad imporre sul proprio fondo una servitù. Per far ciò richiedesi il consenso di tutti coloro che vi possono avere interesse (Leg.

» volesse vendere ad altri il fondo ch'egli stesso comprò (1)? Forsechè » per questo motivo sarebbe tenuto di prestare il transito per il fondo » suo ereditario, pel motivo che l'altro possedendo le due porzioni po- » trebbe passare e far carreggi pei suoi? No certamente. Dunque non » deve essere costretto, non volendo, ad accordare al compratore il pas- » saggio pel proprio fondo, e ciò nemmeno se fosse provato di averlo » praticato per parecchi anni. Da un atto praticato per puro arbitrio » non si può mai desumere il diritto di obbligarlo a fare lo stesso in fu- » turo (2). Questo principio ha luogo precipuamente nella materia delle » servitù, attesochè niuno può imporre ad un proprio bene, finchè sta » in suo potere, veruna servitù (3). Così decise il Senato in favore dei » fratelli Chardon contro i fratelli Ribitel il 1.° Dicembre 1592 » (4).

§ 848. I principii finora accennati vengono qui posti in una veduta complessa ed unita, senza accennare ulteriori specificazioni ed applicazioni. Apparterrà alle pratiche questioni presentarne uno sviluppamento ed un'applicazione, la quale serva più da vicino alle pratiche contingenze. Stimiamo poi inutile allegare altre concordanze colle legislazioni vigenti, poichè quelle che risultano dalla semplice lettura materiale vengono fatte spontaneamente e senza fatica dallo studioso. Nostro ufficio era di presentare i punti che potevano essere per massima controversi nell'intelligenza delle leggi rispettive, e non di ripetere o riportare materialmente il senso incontroverso delle medesime. Noi ci siamo proposti d'indicare i modi stabiliti dalle ultime legislazioni, onde acquistare la ragione dell'acquedotto. La ragione direttiva, vale a dire i principii fondamentali di questa materia dovevano essere specialmente presi di mira. Le disposizioni particolari delle leggi non sono che corollarii ed applicazioni di questi principii. Noi avvertimmo già che tutto si riduce alla teoria del consenso. Vero è che la legge interviene colla sua autorità;

In conced. 8. cum duabus seq. Dig. *De aqua et aquae pluv. arcend.*), ed ai quali la servitù sarebbe per nuocere (Leg. *Aqua* 4. Cod. *De aqua etc.*). Imperocchè la costituzione della servitù si può riguardare quasi come una specie di alienazione (Leg. ult. Cod. *De rebus alienis non alienandis*). — Niuno poi viene costretto a vendere le cose proprie (Leg. *Nec quasi* 70. Dig. *De rei vindicat.* Leg. *Non enim* 9. Dig. *Rerum amot.*). Facit lex in fundo 38. ad fin. Dig. *De rei vindic.*

(1) Non tanto facilmente si potrebbe trovare il compratore di un fondo non dotato da servitù. (Arg. Leg. penult. Dig. *De evictione.*) Ciò specialmente se a quel fondo non vi fosse un accesso. Dicta Leg. *Via* 23. § *Quamvis* in fin. Dig. *Rust. praed.*

(2) Leg. *Si certis annis* 28. Cod. *De pactis.* Leg. *Operis* 31. Dig. *De oper. libert.*

(3) Leg. *Uti frui* 5. Dig. *Si usufruct. petat.* Leg. *In re com.* 26. Dig. *Urb. praed.* Leg. *Cum essent* 33. § 2. *Rustic. praed.* Leg. *Ut pomum* 8. Dig. *De servit.*

(4) *Codex Fabrianus*, Lib. III. Tit. 24. Defin. 2. Vol. I. pag. 269. *Lugduni, sumptibus Horatii Cardon*, 1606.

ma abbiamo veduto come il consenso opera sì in via principale, che in via accessoria. La teoria del consenso, consacrata dalle leggi, non è altro che un doveroso tributo alla naturale padronanza di uomini conviventi in civile società. Tutte le modificazioni, tutte le restrizioni non sono giustificabili che per il titolo di una inevitabile necessità della sociale convivenza, ed a fronte non solo dei compensi, ma dei grandiosi e costanti vantaggi risultanti da queste modificazioni ed individuali restrizioni. Nulla dunque v'ha d'arbitrario nei modi coi quali le legislazioni umane stabiliscono che si possa acquistare la ragione dell'acquedotto, come qualunque altro civile beneficio. Prego i miei lettori a tener fermo questo aspetto, onde formarsi una retta giuridica coscienza, per la quale si rigettano da una parte tutti i privati capricci di una padronanza sfrenata particolare, e dall'altra tutti i non misurati arbitrii di una manía regolamentare, la quale formò e formerà sempre la peste del vivere economico delle nazioni incivilite.

§ 849. Abbiamo veduto come nel diritto *attributivo* siasi fatto valere l'intervento della legge nel *temperare* l'esercizio dei diritti prediali. Qui questo intervento fu contemplato nella parte *direttiva*, cioè rispetto ai *modi* coi quali possono essere acquistate, rispettivamente contratte, e successivamente trasmesse le prediali servitù, sempre ad oggetto di determinare i modi particolari alla ragione dell'acquedotto. Tanto la *proprietà*, quanto la semplice *servitù* dovevano essere comprese nelle nostre considerazioni. La *presa*, la *divisione*, la *trasmissione* di un'acqua formavano da sè stesse oggetti di assoluta proprietà. La *condotta* poi, presa per sè sola, formava oggetto di mero servigio ed ufficio prediale. L'una e l'altra vengono dirette dagli stessi principii, perocchè l'utilità materiale formò sempre l'unico oggetto dèl dominio alienato, e rispettivamente acquistato, modificato e trasmesso. E qui tutto ciò che riguarda le *cause* proprie delle contrattazioni formava necessariamente la teoria fondamentale ed originaria di tutta questa materia. Ecco quindi che in ordine logico la teoria dei *titoli*, coi quali si costituiscono le servitù, formava da sè stessa il primo ramo di questa ragione direttiva; il secondo ramo veniva formato dalle regole imposte dalle leggi all'*azione del tempo* in tutti gli affari civili.

§ 850. Si dirà che la nostra trattazione ha proceduto in ordine inverso al naturale, nel quale i fatti contrattuali precedono i fatti puramente legali, ossia di autorità puramente legislativa, qual'è appunto la stretta prescrizione. Questa osservazione è vera; ma a fine di procedere nella maniera più compendiosa io doveva trattare a dirittura della irre-

vocabilità dei titoli coi quali si stabilisce la servitù dell'acquedotto. Io non tesseva un Trattato generale di giurisprudenza, ma uno speciale ad un ramo della medesima. In questa posizione le nude teorie contrattuali debbono essere preconosciute, e l'attenzione dei lettori deve essere trasportata a quella parte che abbisogna di maggiore spiegazione, e l'influenza della quale agisce in tutti i sensi. Forsechè l'azione del tempo non interviene per rendere irrevocabile un'acquisizione definitiva contrattuale? Ecco il primario oggetto del quale appunto ci occupammo. L'azione perentoria esercitata per necessità politica, e che copre i vizii dell'acquisizione originaria, dovette precedere perchè più semplice, e perchè ci mostrava allo scoperto l'azione del tempo.

LIBRO III.

DELLA RAGIONE DIRETTIVA RISGUARDANTE L'EFFEZIONE DELL'ACQUEDOTTO.

CAPO PRIMO

Preludio.

§ 851. Giusta il prospetto presentato al principio di questa seconda Parte, l'*acquisizione*, l'*effezione*, la *conservazione* e l'*uso* dell'acquedotto dovevano formare gli argomenti, e quindi le parti diverse della dottrina designata col titolo di RAGIONE DIRETTIVA DELL'ACQUEDOTTO. Nei due Libri antecedenti noi abbiamo esposto le teorie principali risguardanti i modi di *acquisizione*. Ora ci rimane a trattare dell'*effezione*, della *conservazione* e dell'*uso* del medesimo. Ecco gli oggetti coi quali intendiamo compiere la dottrina tutta teorica di quest'Opera. Io qui tratterò della *effezione*.

§ 852. Considerando la natura ed i rapporti di questi oggetti, si trova che primo in *intenzione* ed ultimo in *esecuzione* si è l'uso. Perchè ciò? Perchè appunto coll'*uso* si ottiene il *fine* proposto. Questo *fine*, come già avvertimmo, consiste tanto nel procacciare (mediante una data direzione delle acque) un utile ed un bene, quanto nell'allontanare un danno ed un male. Da tale considerazione come vennero configurate le diverse specie di acquedotti sì *lucrativi* che *difensivi*, vengono pure eccitati i diversi *interessi*, e quindi determinate le diverse *obbligazioni*, e regolati i diversi *diritti* degli utenti delle acque.

§ 853. Quando le leggi ed i giureconsulti vi dicono che, conceduto l'acquedotto come qualunque altra servitù, s'intendono concedute tutte le tali e tali altre cose, in sostanza che cosa vi dicono? Essi vi dicono che, posta la servitù, si pongono per ciò stesso *tutti gli atti* per procacciar l'*uso*, e tutti *i mezzi* pei quali l'uso si può praticare, conservare e difendere. Quest'idea nella mente dei contraenti è la prima, la predominante e la finale; e però a lei vengono *anticipatamente* subordinate tutte le condizioni dell'accordo dell'acquedotto. Da quest'anticipata subordinazione dei mezzi al fine, dalla necessità di effettuare tali mezzi per ottenere questo fine, nasce appunto la domanda e la *conseguente* loro con-

cessione. Così la natura stessa delle cose dètta le clausole del contratto, quand'anche esse non venissero espressamente dedotte in convenzione. Ecco quale sia la natura, la possanza e l'influenza dell'uso dell'acquedotto nell'acquisizione del medesimo. In questo senso egli abbraccia virtualmente tutta la ragione direttiva; in questo senso riceve il nome eminente di USO FINALE. Esso è compreso sotto il nome di *destinazione*.

§ 854. L' *uso finale* o la *destinazione* forma dunque il *centro*, dal quale partono ed al quale ritornano tutte le dottrine sì architettoniche che legali dell'acquedotto. Esso dètta le *regole*, esso suggerisce il *criterio*, onde ragionare, disputare e giudicare. Dunque l' *uso finale*, preso nella dovuta estensione e in tutti i suoi rapporti, è tanto ampio, quanto la dottrina dell'acquedotto.

Dico l' *uso finale* per distinguerlo dal *materiale*, e particolarmente da quel *complesso di atti*, i quali possono « o debbono essere agevolati » o impediti, protetti o vietati dalle buone leggi e dalla buona ragione » sociale nell'amministrare una condotta d'acqua. » A questo complesso di atti, in quanto interessano lo scambievole commercio, e formano oggetto della civile giustizia, viene ristretto l'*argomento* dell'uso, del quale intendiamo ragionare nel quinto Libro di quest' Opera.

§ 855. Spedita e lucida potrebbe riuscire la nostra trattazione, se le dottrine legali fossero state esposte da maestri esperti nella vera logica, ed illuminati dalla filosofia del Diritto. Noi avremmo almeno il bene di vedere sviluppati i germi di quella romana sapienza, la cui *unità* è veramente prodigiosa, e sembra perfino sovrumana (1). Ma un grosso e pi-

(1) Io debbo compiangere la mancanza di senso morale e civile in un autore per altro stimabile; qual è il signore Orloff, senatore dell'Impero russo. Egli nella sua recente Storia di Napoli, dopo avere costantemente rappresentati i Romani come altrettanti cinghiali sbucati dalle selve per devastare il mondo, e dopo averli posti al di sotto dei barbari del medio evo, proscrive le loro leggi, come un ammasso di sottigliezze e di contraddizioni. Io non sono per fare l'apologia delle leggi romane. Essa è fatta non solo dagli scritti di tutti gli uomini che nascendo non perdettero la metà dell'anima, ma eziandio dalla stessa attuale civiltà europea. Invece piacemi contrapporre al giudizio del signor Orloff i seguenti passi di Leibnitz. « Ego Digestorum „ opus (dice egli scrivendo a Kestnero), vel „ potius auctorum unde excerpta sunt labo„ res admiror; nec quidquam vidi, sive ratio„ num acumen, sive dicendi nervos spectes, „ quod magis accedat ad mathematicorum „ laudem. Mira est vis consequentiarum, cer„ tatque ponderi subtilitas. »

« Dixi saepius (aggiunge egli in un'altra „ lettera scritta otto anni dopo allo stesso), „ post scripta geometrarum nihil exstare quod „ vi ac subtilitate cum romanorum juriscon„ sultorum scriptis comparari possit; tantum „ nervi inest, tantum profunditatis. Et que„ madmodum remotis titulis, caeterisque ope„ ris integri indiciis, demonstrationem lemma„ tis alicujus geometrici ex Euclide, aut Ar„ chimede, aut Apollonio aegre discernas, et „ auctorem suum referas, adeo omnium idem „ stylus videtur, tamquam recta ratio per ho-

gro senso comune, soggiogato dal peso di autorità, che di mano in mano corrompevano l'integro senso delle leggi, ha presieduto fino ai giorni nostri alla trattazione delle materie legali; e però mi trovo costretto a soffermarmi ad ogni passo a spiegare e disputare su cose le quali dovrebbero essere della più grande notorietà.

Ad ogni modo nell'esporre la dottrina *teorica* io mi restringo a quelle sole vedute che, sia per la loro influenza, sia per l'età in cui viviamo, possono riuscire d'un uso più universale. Nella parte pratica, che succederà a suo luogo, mi riserbo di entrare in molti particolari, de' quali è necessario aver cognizione specialmente nelle ultime vicende della civile legislazione.

Allorchè il leggitore sarà giunto alla fine di questa prima Parte, lo prego di una grazia. Questa si è di ripigliarne la lettura da capo, onde ben intendere tutto il complesso. Seguendo io l'ordine materiale degli atti umani risguardanti l'acquedotto, sono stato costretto a seguire una serie d'idee *inversa* di quella della legislazione e delle arti morali. Con questa seconda lettura pertanto si può cogliere la forza delle dottrine, le quali in sostanza costituiscono una teoria di mezzi *subordinati* ad un dato fine. Il metodo delle scienze *operative* sarà sempre *inverso* di quello delle scienze *inventive*.

CAPO II.

Che cosa si richiedesse, secondo l'anteriore stato del Diritto romano, onde poter effettuare la servitù dell'acquedotto.

§ 856. Allorchè col semplice lume del buon Diritto naturale abbiamo spiegato in che consista l'*inerenza giuridica* di un'attiva servitù sopra un dato fondo, noi intendemmo che col *solo consenso* si acquistasse il diritto *reale;* dimodochè (per parlare il comune linguaggio) la servitù

„ rum virorum ora loqueretur; ita juriscon-„ sulti etiam romani sibi gemelli sunt, ut sub-„ latis indiciis, quibus sententiae aut argu-„ menta distinguuntur, stylum aut loquentem „ discernere vix possis. »

« Nec uspiam juris naturalis praeclare „ exculti uberiora vestigia deprehendas; et „ ubi ab eo recessum est, sive ob formularum „ ductus, sive ex majorum traditis, sive ob „ leges novas, ipsae consequentiae ex nova „ hypothesi aeternis rectae rationis dictami-„ nibus addita mirabili ingenio, nec minori „ firmitate deducuntur. »

La testimonianza di Leibnitz non è propriamente che l'eco del sentimento concorde di tutta Europa e prima e dopo la barbarie che la ricoverse.

Perì, è vero, l'impero dell'armi romane; ma sopravvisse e rinacque quello della sapienza de' suoi giureconsulti. Sparì, è vero, la forza della conquista; ma in suo luogo successe quella della ragione e dell'equità.

s'imprimesse sul fondo a guisa delle ipoteche, senza che vi fosse bisogno di altro atto *intermedio*. In breve, intendemmo che si acquistasse l'azione alla *cosa*, ossia il diritto dell'uso della servitù, senza bisogno nè di formale tradizione, nè di verun'altra funzione intermedia. Da ciò veniva, che l'*effezione* della servitù si risolveva esattamente in una mera *esecuzione* dell'accordo prima stabilito fra il padrone del fondo dominante e il padrone del fondo serviente. Da ciò veniva pure la conseguenza, che il padrone del fondo dominante poteva a dirittura porre le mani sopra il fondo serviente ad oggetto di effettuare la servitù pattuita, e quindi dar mano a dirittura a quelle costruzioni e a quelle opere, mediante le quali la servitù stessa si rende effettivamente reale, ed operativa del bramato servigio.

§ 857. Ciò che qui osserviamo circa l'acquisizione del *diritto definitivo* ed *esecutivo* della *via dell' acqua*, si deve pure applicare alla definitiva ed esecutiva acquisizione della *presa dell' acqua*, sia ch' essa si consideri per sè sola e come mera *dispensa*, sia che si consideri come *annessa* alla condotta per il fondo altrui, sia finalmente che si consideri *affetta* al servigio di un dato terreno. In breve, il *modo* col quale in linea di ragione naturale e filosofica fu considerato lo stabilimento della servitù o della compra dell'acqua era per sè stesso *esecutivo*, cioè operante l'*esecuzione* dell'accordo; dimodochè esso prestava l'*azione civile* di apprendere a dirittura la cosa contemplata nel contratto, senza obbligare il cedente ad un atto separato di consegna, prima del quale potesse validamente distrarre la cosa ceduta verbalmente.

§ 858. Ma questo modo semplice, spedito e giuridico era forse quello che fu stabilito in tutti i periodi del Diritto romano? Veggiamolo. Incominciamo dalla *vendita* stessa d'una presa di acqua. Nella Legge 8. del Codice al titolo *De actionibus empti et venditi* trovo il seguente rescritto degli imperatori Valeriano e Gallieno. « Si pater tuus venumdedit » portionem suam, nec induxit in vacuam possessionem praedii, *jus omne* » penes se eum retinuisse certum est. »

§ 859. Qui, come ognun vede, col contratto di vendita senza la formale *tradizione* ed *immissione* in possesso del compratore, non viene nè punto nè poco trasferito a lui il reale dominio, dimodochè egli possa agire o por mano o per sè o coll'ajuto dell'autorità giudiziaria sul fondo venduto; ma il diritto reale *rimane* tuttavia presso il venditore medesimo. In somma, *penes se eum retinuisse certum est.* Dunque l'azione ad ottenere la consegna del fondo comprato si produceva (al tempo degli imperatori Valeriano e Gallieno) col semplice *accordo*, non senza

che si trasferisse la proprietà. Affinchè accadesse questa traslazione, secondo la romana giurisprudenza, rendeasi necessaria l'*immissione in possesso*, ossia la effettiva tradizione. Con questa massima dunque la tradizione non era *consumazione mera* del contratto, ma *mezzo necessario* a trasferire definitivamente il *reale dominio* sulla cosa.

§ 860. Ma se il venditore prima della tradizione *omne jus penes se retinuit*, qual' è la conseguenza che ne viene? La conseguenza è, che s' egli, nel frattempo tra il contratto puramente consensuale e la consegna effettiva avesse alienato in altri il fondo già prima venduto, il compratore non aveva diritto di *vendicare* il fondo comprato dalle mani del secondo acquirente, nè di evincerlo per altra maniera, od esercitare veruna azione *reale*, ma solamente di reclamare i danni e gl' interessi per essere stato così deluso dal venditore. Questa conseguenza viene formalmente sanzionata in tutte le sue parti da un espresso rescritto dell' imperatore Alessandro, inserito nella legge 6. del titolo *De haereditate vel actione vendita* dello stesso Codice. Eccone le parole: « Qui tibi haere- » ditatem vendidit antequam res haereditarias traderet, *dominus earum* » *perseveravit;* et ideo vendendo eas aliis, dominium transferre potuit. » Sed quoniam contractus fidem fregit, ex empto actione conventus quan- » ti tua interest praestare cogetur. » Si osservi qui la causale di questo rescritto. L' Imperatore dichiara che prima della tradizione, malgrado il contratto intervenuto, il venditore rimase tuttavia padrone delle cose vendute: *dominus earum perseveravit;* la qual frase esprime appunto la stessissima sentenza dell'altro rescritto sopra riportato, il quale dichiarò che *jus omne penes se retinuisse certum est*. Parimente risulta che il secondo compratore od acquirente riceve il fondo alienato *libero* da ogni vincolo e molestia rispetto al primo compratore, talchè a questo non rimane che l'azione di danni ed interessi per essere stato deluso dal fatto del venditore.

§ 861. Supponiamo dunque che taluno avesse venduta una presa di acqua, ed anche il corpo stesso dell' acqua, e che prima di farne la consegna avesse alienato questo stesso corpo o questa presa venduta ad altri. In tal caso è certo che il secondo compratore non avrebbe potuto nè punto nè poco essere molestato dal primo, ma che solamente il venditore sarebbe stato tenuto a risarcire i danni e gl' interessi al primo compratore deluso, e nulla più. Tal' è la disposizione del Diritto romano anteriore; talchè il vero diritto *esecutivo*, importante l' *azione reale* sulla cosa venduta o altrimenti alienata, non veniva somministrato che *dopo* la fatta tradizione. Dunque l'alienazione consensuale, senza la tradizione

o la quasi tradizione, non costituiva nè punto nè poco il vero TITOLO traslativo del dominio. Questo non nasceva che mediante il contratto e la tradizione. « Traditionibus et usucapionibus *dominia rerum*, non nudis pactis transferuntur (dicono gl' Imperatori nella legge 20. Cod. *De pactis*). Dominium est jus de re corporali perfecte disponendi, nisi lex obstet; estque unicum numero et substantia (Leg. 13. § 2. *De exceptione rei judicatae*) » dice qui il Gottofredo.

§ 862. Ciò che fu detto rapporto all' alienazione del corpo materiale delle cose, noi possiamo dirlo parimente rispetto alle *servitù?* A questa domanda Paolo nella legge 136. Dig. *De verborum obligationibus* risponde colle seguenti parole: « Si quis viam ad fundum suum dari *stipulatus fuerit*, postea fundum partemve ejus ante constitutam servitutem alienaverit, evanescit stipulatio. » Da questo testo che rileviamo noi? Rileviamo che col semplice consenso non si costituiva effettivamente la servitù, ma che essa veniva *imposta* sul fondo mediante la stipulazione e la tradizione. Ciò è così vero, che se nel tempo intermedio veniva alienato il fondo destinato a servire, il contratto precedente si annullava, o a meglio dire si riduceva a niun effetto, come se non fosse avvenuto. Ciò però s' intende rispetto al nuovo compratore, e rispetto ad un' azione sia di rivendicazione, sia di evizione, e non altrimenti.

CAPO III.

Della riforma di Giustiniano. Degli statuti e del costituto possessorio.

§ 863. Che cosa fece Giustiniano? Nel § 4. delle sue Instituzioni, tit. *De servitut. praed.*, dice: « Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. » Fra questi modi accenna poi anche il testamento. I dottori pretenderanno debbasi sottintendere (giusta le altre leggi sì del Digesto che del Codice) che la servitù sia costituita aggiungendo la *tradizione* o *quasi tradizione*. Ciò s' intende (dicono essi) di quelle servitù prediali, le quali non consistevano in servitù di divieto o di altra simile natura, ma importavano un servigio prediale fisico, ed un uso apparente ed effettivo.

§ 864. Ma questa comune sentenza è poi vera? Veggiamolo. Se prendasi il testo secondo la sua nuda espressione, noi vediamo Giustiniano avere voluto accennare il TITOLO col quale si stabiliscono le servitù prediali. Ponete mente alla frase legale impiegata; ponderatene il significato, e poi giudicate. *Si quis velit vicino* (cioè ai fondi del vicino) *ali-*

quod JUS CONSTITUERE. Colla parola *constituere* che cosa si vuol significare? Si vuole indicare non già una semplice preparazione o una mera *iniziativa* di diritto, ma l'imposizione effettiva della servitù sopra un fondo. *Constituere servitutem* (dice il Brissonio) *non est simpliciter cedere*, SED RE IPSA IMPONERE (1).

§ 865. Non ignoro che le servitù *già imposte*, se vengono in appresso *trasferite* per atto o fra vivi o di ultima volontà, appellansi *costituite*, come accenna la legge 10. Dig. *Si servitus vindicetur.* Ma questo non è il senso nel quale Giustiniano adopera qui il *jus constituere;* perocchè è manifesto ch'egli parla della imposizione primitiva ed *originaria*, e non della *derivativa* contemplata dalla detta legge 10. *Si servitus vindicetur.* Nell'ipotesi contemplata da Giustiniano si considera che il vicino sia libero, e che si tratti d'imporre un onere ai fondi di lui. *Si quis velit vicino aliquod jus constituere*, dice l'Imperatore; vale a dire, se taluno vuole imporre un *onere prediale* al suo vicino, egli deve farlo (*id efficere debet*) con patti e stipulazioni. Colla locuzione *id efficere debet* è vero o no che si designa il MODO con cui ottenere il bramato intento? Qual era questo intento? *Constituere jus vicino;* vale a dire costituire una servitù. È dunque lo stesso che dire: *Si quis velit servitutem vel jus servitutis constituere vicino*, *id efficere debet pactionibus atque stipulationibus*. Forse si vorrà scrupoleggiare sulla differenza verbale fra il *jus constituere* ed il *servitutem constituere?* Quanto meschino sarebbe questo appiglio! Qual è l'oggetto unico del quale tratta tutto il titolo, fuorchè le servitù prediali? Qual è il punto di vista essenziale contemplato dalla legge, fuorchè il *diritto* stesso, e non il fatto materiale? Ciò è provato colla definizione stessa della *reale servitù.* Dunque è per sè manifesto che il *jus constituere* è perfettamente sinonimo del *servitutem constituere*. Ma in tutto il linguaggio romano il senso genuino della frase *constituere servitutem*, accennato dal Brissonio, *non est simpliciter cedere*, *sed re ipsa imponere.* Dunque dovremo dire che Giustiniano nelle sue Istituzioni abbia tolto di mezzo l'inciampo del Diritto anteriore, il quale ammetteva che col solo giusto contratto non s'intendesse indotto il diritto *reale* di servitù, e che quindi prima della tradizione si potesse trasmettere il fondo libero ad altri, in frode del primo acquirente della servitù medesima. Per quanto si voglia elaborare gli argomenti, non si troverà giammai il mezzo di unire due concetti incompatibili, e che si escludono vicendevolmente. Col *jus constituere vicino*

---

(1) *De verborum significatione*, verb. *Constituere*. Vegansi le leggi da lui citate.

è lo stesso che stabilire un'obbligazione contrattuale; è lo stesso che privarlo del diritto di far passare come libero il fondo, sopra il quale *jus constitutum fuit.* Badate bene: non si parla di fondo *cui jus constituendum est*, come accadeva nell'anteriore giurisprudenza; ma bensì *cui jus constitutum fuit.* Nell'anteriore giurisprudenza *nullum jus constituebatur*, perchè *intervenientibus pactionibus atque stipulationibus omne jus penes se retinebat, et dominus praedii servientis perseverabat.* In breve, in forza di questa frase di Giustiniano si dovrebbe conchiudere che la servitù prediale viene perfettamente *costituita* ed *imposta* sul fondo mediante il semplice contratto, senza abbisognare dell'atto consecutivo della *tradizione* o *quasi tradizione*. Nella ipotesi dei dottori, Giustiniano sarebbe qui stato troppo balordo ed inconseguente. Diffatti se col solo contratto non si costituiva il *titolo*, come poteva dire Giustiniano che *pactionibus et stipulationibus jus constituitur?* Ponderate bene la forza delle parole. La *stipulazione* e i *patti* non inchiusero mai la tradizione e l'immissione del possesso inteso dalla vecchia giurisprudenza; anzi la esclusero, come consta dai testi sopra recati. Eppure Giustiniano attribuisce loro la forza e la funzione di costituire un diritto di servitù, come se fosse intervenuta anche la tradizione, la quale qui non si può inchiudere. Secondo questi dottori, Giustiniano doveva dire: *si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus et* TRADITIONE *id efficere debet.* Ma questa giunta non esiste; questa giunta fu ommessa. Chi autorizza i dottori ad introdurla nel testo? Forse si ricorrerà ad una ommissione dei copisti? Ma io fo osservare che la stessa stessissima locuzione si legge nel seguente titolo dell'usufrutto. « Sine » testamento (vero) si quis velit usum fructuum aliis constituere, pa- » ctionibus et stipulationibus id efficere debet. » Come verificare l'accidentale ommissione che i dottori possono figurare?

§ 866. Ma se è vero che il *jus constituere* suppone necessariamente il titolo; se qui il titolo si acquista col mero contratto, esclusa la tradizione; pare adunque che in forza di questo testo sia stata tolta la necessità della tradizione per l'acquisto delle servitù. Come Giustiniano riformò l'antico Diritto in tanti particolari, si dovrebbe pur dire averlo riformato anche in questa parte. Nè a ciò potrebbe ostare ch'egli avesse lasciate sussistere le tracce che si vedono nella compilazione dei Digesti e del Codice; imperocchè queste reliquie abrogate si vedono pure in molti altri argomenti, com'è noto a tutti i periti nel Diritto romano. E qui si deve soggiungere, che dalla storia della compilazione del corpo del Diritto romano, fatta da Giustiniano, risulta che le Istituzioni furono *posteriori* al Codice ed al

Digesto (1); talchè le disposizioni delle Istituzioni potevano essere *derogatorie* a quelle del Codice e del Digesto. A ciò si aggiunge, che il Codice ed il Digesto contenendo frammenti delle sentenze anteriori altrui, non esprimono, come le Istituzioni, le intenzioni purgate ed ultime del legislatore.

§ 867. Io potrei corroborare la mia opinione con altri testi posteriori ricavati dal titolo *De usufructu* e da altri passi; ma mi astengo dal farlo, imperciocchè qualunque sia l'opinione che piaccia abbracciare, diverrebbe per molti e molti paesi una quistione puramente *accademica*. Ognuno sa quanto l'equità canonica, gli statuti invalsi posteriormente, e l'uso stesso dei COSTITUTI POSSESSORII, apposti in tutti i contratti prediali (2), abbiano fatto prevalere la massima di procacciare i reali diritti sui fondi mediante il solo contratto, senzachè per far passare il dominio reale si credesse necessaria la materiale tradizione, o la quasi tradizione. Conchiudo adunque, che secondo il Diritto ultimo *comune*, avvalorato dal costituto possessorio, l'*inerenza* della servitù dell'acquedotto, e l'azione reale a consegnar l'acqua si contraeva certamente col solo giusto e valido accordo delle parti. Dunque per passare all'*effezione* della servitù non abbisognava far constare essere intervenuta la *tradizione*, onde non ridurre l'effezione e il successivo possesso ad una funzione senza titolo, e ad una serie di atti viziosi, bisognevoli d'una prescrizione trentennaria.

§ 868. Il Pecchio, il quale in forza delle cose da lui esposte doveva vedere nei tempi moderni non essere più applicabile la teoria del Diritto romano, nel Libro I. Cap. III. Questione 13. propone il seguente quesito:

---

(1) "Digesta fuerunt ante Institutiones absoluta (dice Gravina), sed confirmata et edita posterius." Qui però osserva il Mascovio: "Pandectas tamen et Institutiones ex eodem simul die tertio, scilicet Kal. Januarii seu 29 Decembris, valere voluit Imperator, § penult. *De confirm.* Dig. § penult. Cod. *De confirm.* Dig."

(2) Il Pecchio stesso, dopo aver detto, secondo la comune degl' interpreti, "Per exceptionem servitutis in contractu venditionis non est adhuc servitus ipsa constituta, sed opus est ut in traditione fiat mentio et imponatur" soggiunge: "limitanda tamen esset haec nostra conclusio, ut nihilominus servitus dicatur constituta in ipso contractu venditionis ETIAM NON INTERCEDENTE TRADITIONE, quando scilicet in instrumento adesset constitutum per quod ne dum transfertur possessio, sed etiam dominium."

Leg. *Quod meo* 18. Dig. *De adquirend. possess.* Tiraquell. *De jure constit. possessor. ampliat.* 8. n.° 1, et. *ampliat. prima* n.° 1 et sequent. Part. II.

Mascard. *De probat., Concl.* 1211. n.° 21.

Fontanell. *De pactis nup. Clausul.* 5.

"Gloss. 8. Part. 14. n.° 33. Vol. II., ubi ait non ficta licet per actum fictum (Per textum in leg. *Sicut* § *Supervacuum* Dig. *Quibus modis pignus vel hypothecha solvitur*); sed vere et realiter quia constitutum est loco verae traditionis, et quod facit traditio realis, idem operatur traditio per constitutum, esto sit ficta."

Pecch. *De aquaeductu,* Lib. I. Cap. IV. Quest. 3. n.° 2. 9. 10. 11.

» Qui emit tres uncias aquae, quas nondum assignaverat fundo vel bonis » suis, interim vendidit bona cum juribus aquarum. An in venditione com» prehenduntur illae tres unciae? » — Che cosa risponde? « Pro cujus re» solutione sciendum est servitutem aquaeductus numquam dici posse » ADQUISITAM nisi fuerit *assignata*, scilicet per rivi constructionem quo » aqua ducenda est ad bona irriganda, *et jus reale* non dicetur adqui» situm fundo dominanti nisi facto aquaeductu. » E qui cita le leggi anteriori a Giustiniano sopra riportate. Quindi conchiude dicendo: « Con» clusio nostra est in proposita quaestione dictas uncias NON comprehen» di in praefato venditionis contractu. » Fingiamo che oggi sotto le leggi romane insorga lite con un acquirente munito della clausola del costituto possessorio, praticata sempre e poi sempre. A che si ridurrebbe la decisione generale del Pecchio?

Se avesse almeno avuto l'avvertenza di pensare in che tempi e in qual paese viveva, avrebbe risposto dicendo: Noi parliamo d'una vendita preceduta dall'acquisto delle tre once, fatta col costituto possessorio, o no. Nel primo caso le tre once d'acqua restano vendute col fondo; nel secondo caso restano escluse, semprechè non sia intervenuto qualche atto equivalente alla quasi tradizione della servitù, e alla tradizione dell'acqua considerata come una merce, o come un bene qualunque.

§ 869. Ma qui conviene soggiungere, che l'atto della tradizione o quasi tradizione non era sacramentale, dimodochè senza di esso non si acquistasse il dominio, quand'anche l'atto non contenesse la clausola del *costituto possessorio*. Imperocchè bastava far constare che il cedente dell'acqua o della servitù *non ignorò* gli atti *esecutivi* e *possessorii* dell'acquirente. Puntuale è la decisione dell'imperatore Alessandro nella leg. 2. del Codice al titolo *Communia de usucapionibus* colle seguenti parole: « Licet enim instrumento non sit comprehensum *quod tibi tradita sit* » *possessio*, ipsa tamen rei veritate consecutus es, si sciente venditore » in possessione fuisti » (1).

§ 870. Qui, si noti bene, il possesso *compie* il titolo originario; qui non si tratta di un possesso bisognevole d'essere guarentito colla prescrizione perentoria del diritto del vero possibile padrone; ma si tratta della scienza del cedente. Provata la *vera* scienza e non la presunta dell'alienante, non occorre ricorrere al corso del tempo stabilito all'usucapione. Qui si tratta di un *surrogato* all'atto della tradizione, la quale procac-

(1) " Paria sunt (dice qui il Gottofredo) „ in vacuam possessionem induci, et sciente „ venditore diu in possessione fuisse. „ Leg. 12. Cod. *De contrah. empt.* Leg. 2. Cod. *Si quis alteri.*

ciava il possesso. Ma se questo possesso veniva praticato o appreso colla *scienza* del cedente, esso di sua natura indicava una vera tradizione permessa ed *approvata* dallo stesso cedente.

Dunque il *diu* del buon Gottofredo è del tutto fuori di luogo. Qui non si tratta dei rapporti fra il possessore ed un *terzo*, da cui non ebbe causa, che può essere padrone come vuole l'usucapione; ma dei rapporti fra il concedente ed il concessionario, e di rapporti costituenti il *titolo originario* del possesso.

Da tutto questo veggiamo che anche nel Diritto romano anteriore, in mancanza d'un istrumento munito della clausola del costituto possessorio ogni acquirente poteva provare la pienezza del suo titolo (ossia della sua acquisizione, sia della presa dell'acqua, sia della servitù di condotta), facendo constare che il cedente asserito padrone del fondo serviente conobbe sia la *presa di possesso*, sia l'*uso di fatto* della servitù.

CAPO IV.

A chi spetti nel silenzio del contratto il diritto di eleggere il luogo e designare la via dell'acqua. Del minor danno al fondo serviente. Del passaggio obbligato.

§ 871. Allorchè nell'accordo concertato dell'acquedotto furono specificate e ben concretate le parti diverse della sua effezione, non possono occorrere ispezioni legali sul *modo* onde *effettuare* l'acquedotto pattuito. Tutto riducesi allora ad una mera *esecuzione*, nella quale se potesse cadere qualche disputa, essa verserebbe solamente sugli eccessi e sugli arbitrii del padrone dell'acquedotto. Quando parliamo delle particolarità della effezione dell'acquedotto, non vogliamo indicare tutte quelle circostanze le quali formano l'occupazione e la cura degl'ingegneri e dei fabbricatori, in vista della *personale* economia di un cedente o di un dispensatore di acque; ma bensì di quelle particolarità le quali possono alterare il giusto interesse delle *parti*, sia che si assuma come norma la legge contrattuale, sia che si consulti il Diritto naturale e civile. Io convengo che queste particolarità saranno comprese fra le costruzioni materiali dell'acquedotto, e che quindi per la loro entità materiale saranno le stesse di quelle che vengono comprese in questa costruzione. Convengo eziandio, che riguardando queste opere come *mezzi* necessarii a procacciare l'uso dell'acquedotto, verranno virtualmente sottintese, nè potranno mai essere ragionevolmente contrastate; e però che l'autorità pubblica, in caso di opposizione, darà mano, affinchè un acquirente sia

libero ad eseguirle: ma nello stesso tempo fo osservare che l'aspetto, sotto cui le parti dell'effezione vengono qui sottoposte alle considerazioni della giurisprudenza, è quello nel quale possono formare oggetto di questione, perchè si tratta di conciliare i *rapporti scambievoli*, sia dei contraenti, sia dei vicini, sia della cosa pubblica. Per la qual cosa conciliando l'utile di fatto personale al conduttore coi dettami della comune ragione civile, noi non ci occupiamo della convenienza materiale di queste opere, ma ne parliamo in quanto sono conformi o difformi dalla *equità* e dalla *giustizia*, sia contrattuale, sia naturale. Tutto ciò viene qui notato per far comprendere quanto l'effezione *materiale* differisca dalla *legale*, e quale sia il vero punto di vista, sotto cui viene trattato questo argomento.

§ 872. Ho detto che quando un contratto di acquedotto è stato ben concepito e specificato, non può insorgere veruna quistione sul modo della sua effezione. A che dunque si riduce l'ufficio della giurisprudenza in proposito dell'*effezione?* Esso si riduce principalmente a *supplire* alle stesse convenzioni, giusta i dettami della civile giustizia. Nella ommissione delle clausole pareggiare fra i privati l'utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà, ecco l'ufficio principale inteso dalla giurisprudenza.

§ 873. Posto questo scopo, osservo che la prima funzione che si presenta per effettuare un acquedotto consiste nel *tracciare il canale* ossia il rivo che deve condur l'acqua da un dato punto ad un dato altro. Ora possiamo figurare in primo luogo essere stato bensì designato il fondo pel quale si deve passare, ma non essere stata individuata la *parte precisa* per la quale si deve tracciare il rivo. In questo caso si considera che tutto il fondo sia affetto dalla servitù (1); ma dall'altra parte rimane ancora a concretare il luogo preciso nel quale si dovrà scavare il rivo, e la linea di direzione ch'esso dovrà tenere. In questa ipotesi quali sono i diritti dell'acquirente ossia del dominante, e quali gli obblighi del padrone del fondo serviente? *Destinare* il luogo e la direzione della via dell'acqua spetta al padrone del fondo dominante, o al padrone del fondo serviente? Ecco la prima quistione, la quale nella comune giurisprudenza viene riferita al *jus electionis* o al *jus eligendi* il luogo della condotta dell'acqua.

§ 874. Consultando la pura ragione naturale, pare dovrebbesi pronunciare che l'elezione spetta al padrone del fondo serviente, come co-

---

(1) "Si mihi concesseris iter aquae per „fundum tuum, NON DESTINATA PARTE per „quam aquam ducerem, TOTUS fundus tuus „serviet." Leg. 21. Dig. *De serv. rust. pr.*

lui il quale deve conciliare il minore suo danno coll' obbligo da lui contratto. In caso poi di *discordia* col padrone del fondo dominante, la elezione dovrebbe farsi col ministero del giudice e col giudizio dei periti dell'arte, osservata la faccia del luogo e la convenienza degl' interessi di amendue le parti. Ma la decisione del Diritto romano non è così. Secondo questa legislazione l' elezione spetta al padrone del fondo dominante, temperata per altro coi debiti riguardi all' interesse del fondo serviente (1). Ma la decisione del Diritto romano lascia limiti un po' larghi alle facoltà del padrone dominante, e previene piuttosto petulanti arbitrii, di quello che restringere la facoltà a certe condizioni rigorose. Se tu hai diritto di condurre un rivo pel fondo del tuo vicino, senza che ne sia stata designata la parte particolare, a te spetta di eleggere quella parte che credi acconcia; ben inteso che tu non passi atterrando la miglior parte coltivata, distruggendo opere preziose, come orti, vigne, ed altre *simili*. Questo è lo spirito delle leggi romane in punto di *elezione* del luogo pel quale si deve far passare un rivo sul fondo altrui (2).

§ 875. Nella varietà infinita dei casi, nella impossibilità di comprendere ad un solo tratto migliaja di posizioni materiali diverse, la legge non poteva provvedere che in una maniera vaga e generale alla convenienza dei diritti dei due padroni; e però l' ultimo risultato che ne deriva si è, che il padrone del fondo dominante debba effettuare il servigio imposto *col minor danno possibile* del padrone del fondo serviente. Questa massima è essenziale anche in linea di *presunzione contrattuale*, perocchè non si presume giammai che un contraente voglia gratuitamente gettare il suo, o voglia obbligarsi a favore d'altrui, oltre la *necessità* dell'oggetto dedotto in convenzione. Ora pensando che noi versiamo appunto nella sfera puramente contrattuale, siamo obbligati a conchiudere che la *elezione a minor danno del fondo serviente* sia la

---

(1) " Cui per fundum iter aquae debetur „ quacumque vult in eum rivum licet faciat, „ dum ne aquaeductum interverteret „ dice Scevola nella leg. 8. Dig. *De aqua cotid. et aestiva.*

(2) " Si cui simpliciter via per fundum „ cujuspiam cedatur vel relinquatur, in infinito (videlicet per quamlibet ejus partem) „ ire agere licebit: CIVILITER MODO. Nam quaedam in sermone tacite excipiuntur; non „ enim per villam ipsam, nec per medias vineas ire agere sinendus est, cum id aeque „ commode per alteram partem facere possit „ MINORE SERVIENTIS FUNDI DETRIMENTO. „ Leg. 9. Dig. *De servitutibus.*

La ragione poi fondamentale del diritto di elezione competente all' acquirente viene dedotta dal principio della servitù che affetta *tutto* il fondo assoggettato. Ma questa soggezione prima della scelta esiste solo in potenza, e non in atto; perocchè fatta la scelta, le altre parti si considerano libere. Questo non è che un modo di dire, per far intendere al lettore che prima della scelta si ha diritto di poggiare la servitù dove conviene; nè si può eccettuare alcuna parte del fondo.

massima voluta da tutto lo spirito della romana legislazione. Se dunque essa attribuì la facoltà di scegliere al padrone del fondo dominante, ciò non altera il principio direttivo e fondamentale, attesochè si giunge allo stesso risultato, cui la ragione naturale dimostrò a primo tratto doversi ottenere in questo argomento. In teoria generale è impossibile poter definire le cose più specificatamente. Apparterrà alle pratiche quistioni presentare casi diversi, nei quali si vegga l'applicazione della massima osa fissata.

§ 876. Tutto il fin qui detto riguarda il caso, nel quale non si può ottenere il transito pel fondo altrui senza il consenso del padrone di esso. Ma se vi fossero leggi le quali obbligassero a prestare il transito suddetto, allora dalla mera servitù *convenzionale* noi passiamo alla servitù *legale*, almeno *conseguente* alla volontà particolare del fondatore di un acquedotto. Tal è appunto il caso dei regolamenti di cui abbiamo fatta menzione nel principio di questo Trattato (1). Si può dunque domandare *in qual maniera* si possa e si debba effettuare il transito dell'acqua allorchè si pensi prevalersi della facoltà accordata dai detti regolamenti. A ciò risponde esattamente l'art. 53 della legge 20 Aprile 1804. « Tali acquedotti debbono condursi per quella parte di fondo, per » cui a giudizio dei periti si rechi il minor pregiudizio possibile al pro- » prietario o possessore, salva sempre la comoda derivazione delle acque.» Secondo questa dichiarazione ognun vede che la massima della elezione è perfettamente *identica* a quella della ragione naturale e del Diritto romano; talchè colla legge suddetta altro non si fa su questo punto, fuorchè obbligare taluno a dare il passaggio; ma nello stesso tempo quanto al *modo* si adempiono e si rispettano le condizioni stabilite o sottintese nei contratti particolari.

CAPO V.

Della distanza da tenersi fra il canale da scavarsi ed un canale altrui preesistente.

§ 877. Nel tracciare un rivo si può scegliere un luogo il quale sia più *vicino* o più *lontano* da un cavo o acquedotto o fontanile o canale altrui. Rispettare o non rispettare una *data distanza* appartiene appunto al primo atto della effezione dell'acquedotto. Si domanda se sopra questo particolare esista provvidenza alcuna, la quale ingiunga di rispettare una

(1) Vedi Parte I. Libro I. Capo XVI.

data distanza, onde non diminuire l'acqua, o nuocere ai ripari che la sostengono. Questa quistione non riguarda più i rapporti tra il dominante e il serviente, ma i rapporti fra un *estraneo* vicino al fondo serviente, pel quale si deve tracciare il rivo. L'opera stessa sul fondo stesso *dominante* potrebbe essere pregiudizievole a questo terzo, o ad altri vicini; ma sarebbe ancor vero che qui noi contempliamo sempre i rapporti fra il conducente dell' acqua ed un terzo vicino totalmente estraneo al contratto e indipendente.

§ 878. Fissato così *l'oggetto* della quistione, ecco la risposta. Se consultiamo il nudo *naturale* diritto di proprietà individuale competente ai padroni di due fondi vicini, non troviamo altro principio, che quello della eguaglianza e della scambievole incolumità. Dunque la quistione è di mero Diritto *sociale* comune, ossia di *ordine pubblico*, e cade sotto la sfera dei regolamenti politico-civili. Ritenuto così l'oggetto preciso e la competenza di questa quistione, ne troviamo la soluzione nell'art. 55 della legge 20 Aprile 1804, la quale venne già riconosciuta come regolamento politico vigente anche oggidì con decisione del Senato Lombardo-Veneto 17 Agosto 1820, e viene riportata alla fine di questo Libro, colle antecedenti di prima e di seconda Istanza.

§ 879. Leggendo le disposizioni generali, troviamo negli articoli 51. 52. 53. 54 e 55 essersi disposto e provveduto sul modo da tenersi nel tracciare e nello scavare condotti, tanto in mira all' interesse delle acque *pubbliche*, quanto in mira all' interesse delle acque *private* (1). Fissan-

(1) " Ogni privato è tenuto a cedere il terreno occorrente per l'inalveazione, rettificazione, diversione ed arginatura dei fiumi, canali, scavi PUBBLICI, ed in generale per tutte le opere relative ai lavori d'acque, che abbiano un oggetto di PUBBLICA utilità, e viene indennizzato, ove occorra, a termini di ragione „ (art. 51).

" Chiunque intende derivare acque PRIVATE o pubbliche legittimamente possedute per oggetti di agricoltura, o per attivazione di macchine ed opificii idraulici, può condurle pel fondo altrui, pagando il valore del terreno occupato dall'acquedotto in ragione di stima, col quarto di più, ed obbligandosi così alla manutenzione dell'acquedotto, sponde, edificii ec., come ad indennizzare il possessore di qualunque danno può derivare al fondo stesso „ (art. 52).

" Tali acquedotti debbono condursi per quella parte del fondo, per cui a giudizio dei periti si rechi il minore pregiudizio possibile al proprietario o possessore, salva sempre la comoda derivazione delle acque „ (art. 53).

" I terreni inferiori non possono ricusare di dar esito alle acque superiori. Oltre il disposto dagli articoli precedenti, spetta ai superiori la spesa dell' escavazione dello scolo da farsi, e la difesa dei fondi pei quali passa; come pure il risarcimento di qualunque danno che in ogni tempo può derivare ai fondi stessi. Il presente articolo non toglie l'effetto delle convenzioni, dei possessi, e delle servitù legittimamente acquistate „ (art. 54).

„ È vietato lo scavare ed aprire sorgenti o teste di fontanili, condotti, cavi; come pu-

do poi l'attenzione sull'art. 55, veggiamo che il divieto di scavare ed aprire sorgenti, teste di fontanili, condotti, cavi in una vicinanza nocevole ad altre correnti *già esistenti*, non viene nè punto nè poco limitato ai fiumi o canali *pubblici*, ma comprende fiumi e canali di qualunque specie. Questo riserbo della legge non è fatto a caso, perocchè nell'art. 51, dove si tratta dell'obbligo di cedere il terreno occorrente per l'inalveazione, rettificazione, diversione ed arginatura dei fiumi, canali e scoli, non si accenna e restringe quest'obbligo ai fiumi, canali e scoli *pubblici*, ma si soggiunge: « in generale per tutte le opere relative ai lavori d'acqua » che abbiano un oggetto di PUBBLICA UTILITÀ. » Ma nell'art. 55 il divieto di scavare in una data vicinanza non si trova più limitato, nè riguardante fiumi e canali *pubblici*, o fiumi e canali *navigabili*, ma bensì si riferisce semplicemente a fiumi e canali in generale, e continua sotto il têma di *chiunque intenda derivare acque* PRIVATE *e pubbliche*, espresso nell'articolo 52. Dunque in vista di questa connessione, e in vista eziandio dell'avvertita locuzione, colla quale non si restringe alle sole acque pubbliche, noi dobbiamo concludere dall'art. 55 essersi contemplata ogni sorta di correnti, e per ciò stesso abbracciarsi anche i fiumi e canali *privati*.

§ 880. Questa interpretazione è assolutamente testuale, e da ritenersi come certa, sì per la regola generale, che *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus;* sì perchè la consuetudine, o a dir meglio la legge statutaria precedente disponeva nello stesso senso, e sì finalmente perchè la necessità di provvedere alla sicurezza di anteriori possessori di acque esigeva assolutamente una provvidenza. Chiunque conosce un po' gli affari di acque private sa pur troppo quanto sia pernicioso lo scavare il terreno in soverchia *vicinanza* d'un canale o fontanile altrui, segnatamente se lo scavo si faccia *più profondo* di quello del vicino. L'affare si risolve nel rubare effettivamente l'acqua, sia che si faciliti la naturale filtrazione, sia che si facilitino le traforazioni, delle quali si sogliono poi accagionare le talpe (1).

„ re l'approfondare ed ampliare escavazioni „ o sorgenti attualmente esistenti in vicinan- „ za ai fiumi o canali, entro la distanza nella „ quale, a giudizio dei periti, possono nuocere „ ai fiumi o canali, e loro ripari „ (art. 55).

(1) "È avvenuto alcuna volta (dice il Mari „ nella sua *Idraulica pratica ragionata*, To- „ mo III. pag. 210) che un nuovo condotto „ parallelo ad un vecchio rubava acqua da „ questo, che tenevasi di pelo più alto, quan- „ tunque la distanza fra entrambi fosse quale „ conviene. Ciò erasi procurato artificiosa- „ mente, forando con trivelle l'argine diviso- „ rio, e attribuendo la colpa dei fori alle gal- „ lerie dei topi, da noi dette *topinare*. Io feci „ aprire un nuovo condotto ben rimoto dal- „ l'altro, e fu finito il giuoco. Le pretese topi- „ nare furono tosto otturate, perchè l'acqua

§ 881. Per la stessa ragione che tutte le savie legislazioni, alle quali stava a cuore l'incolumità dei possessi e la tranquillità fra i vicini, pensarono a fissare certe distanze tanto nell'edificare, quanto nel piantare; per la stessa ragione, dico, dovevano pensare nei paesi beneficati dalle acque a fissare certe distanze nei lavori e nelle costruzioni relative. Tutto questo tende a dimostrare quali condotte furono comprese dal recato articolo 55, la disposizione del quale se sgraziatamente mancasse, si dovrebbe ad ogni modo supplire.

§ 882. Determinato l'oggetto materiale, passiamo alla relativa *provvidenza*. Si domanda dunque a chi, in forza del citato articolo 55 della legge 20 Aprile 1804, spetti la *determinazione* della distanza fra un cavo ed un canale. Essa viene rimessa al giudizio dei periti.

Ora si domanda quali siano, almeno per solito, le *regole* da osservarsi per fissare questa distanza da un' acqua *altrui*. Si notino bene i rapporti che vengono presi in considerazione. 1.° Si suppone che non esista alcun accordo, fra il conducente l'acqua ed il vicino estraneo al contratto, sulla distanza da tenersi. 2.° Si suppone che non si debbano consultare che i riguardi dell' immunità dell' anteriore proprietà e pos-

---

„ del fosso rubatore perdevasi nel fosso rimastovi, divenuto più basso del pelo dell'acqua dell'altro. Altra volta il terreno divisorio dei due condotti lasciava trapelare naturalmente l'acqua, e in tale quantità da risentirsene il condotto più alto. Consigliai un sostegno nel più basso, da cui tracimasse l'acqua sostenuta al pelo del più alto, portando la cadente nel canale. Tale sostegno però frequentemente era levato e rotto; segno evidente che pretendevasi rubar acqua al vicino. Per questi casi, e per altri di tagli fatti nottetempo negli argini divisorii, non è bene por vicini due condotti di diverso pelo. La sperienza fa vedere che ne nascono continue contestazioni, se non cerchisi di tenere le due acque allo stesso livello. „

Ogni lettore bramerebbe che l'autore si fosse spiegato un po' più chiaro, e con una sintassi un po' più regolare. Lascio però ai periti dell'arte il ridurre a figura positiva le cose dette qui dall'autore.

Il Pecchio, che scriveva alla metà del secolo XVII., nel suo Trattato *De aquaeductu*, Lib. I. Cap. V. Quest. 2. n.° 30. 31., lasciò scritto quanto segue: " Quo vero ad rugias seu rivos faciendos penes alios parva datur distantia, quae regulatur secundum rivi magnitudinem, ut detur major distantia si major est rivus, ne quandoque aquarum impetu, stante aggeris modicitate, destruatur; et detur occasio amittendi aquas, et praecipue ne ratione paucitatis aggerum detur causa delinquendi, respectu scilicet scanaturae ejusdem aggeris, ut vulgo dicuntur *scanoni dell'argine*, ad aquam divertendam, et latitatam furantis calliditatem sub mendicato praetextu, quia aggeres sunt parvi, et facillime a talpis perforantur; hinc arrepta occasione quod ab animalibus accidentaliter factum est, et exinde postea hominum astutia sit substantialiter in damnum domini aquae proprium rivum ingressae. Ideo in hoc statur judicio peritorum circa aggerum magnitudinem et paucitatem. „

sesso del vicino, a fronte dell'impresa FACOLTATIVA del conducente dell'acqua, il quale può agire, ma deve rispettare il diritto altrui.

§ 883. Per rispondere saviamente a questa domanda è necessario determinar bene l'*oggetto materiale* sul quale può cadere la disposizione della legge. Si richiami qui ciò che fu detto nel Libro antecedente al Capo XV. sulle posizioni *superficiale*, *incombente*, *elevata* e *sotterranea* del rivo. Quanto all'*elevata* ed alla *sotterranea*, pare che l'articolo della *distanza* non cada in una principale considerazione. Diffatti allorchè si tratta di trasmettere l'acqua per via di solidi edificii, sostenuti da ponti, da archi, da muri, o in altra maniera, cessa il pericolo delle sotterranee filtrazioni e delle perforazioni imputate alle talpe. Lo stesso avviene se si tratti d'una tromba a sifone. Dunque nell'uno e nell'altro caso cessa il motivo obbligante a tenere le distanze intese dai regolamenti. Dunque restano i canali *solcati* sulla superficie del terreno, e gli *incombenti* sulla medesima, ed incassati fra sponde artificiali. Tali sono i così detti *cavi-levati*.

Quanto agli scavati o scoperti o coperti, ai quali si suole attribuire il nome semplice di *cavi* e di *fossi*, il Mari dice in generale che basta fra un cavo e l'altro la distanza di dodici braccia (1).

Qui per altro l'autore non ispiega se ad ogni portata d'acqua e ad ogni qualità di terreno si possa applicare questa misura. Quanto alla *portata* dell'acqua, ognuno sa che in un cavo della portata di cento once (qualunque sia la tendenza laterale dell'acqua ad espandersi) lo sforzo a filtrare dev'essere (posto lo stesso terreno) maggiore che in un cavo della portata di sole venti once. Quanto poi alla *qualità* del terreno, ognuno sa del pari che un terreno cretoso e compatto rattiene assai più che un terreno leggiero e poroso.

§ 884. Dopo tanti secoli ch'esiste una diramazione di acque tanto estesa, la quale dev'essere regolata sì nei rapporti delle acque pubbliche, che nei rapporti delle acque private, pare che presso i periti dovrebbe

---

(1) "Molte volte è forza costeggiare qualche fosso di scolo di campagne, o altro condotto irrigatorio. Due riflessioni si avranno. La prima, che l'acqua del nuovo condotto non disperdasi nei fossi di campagna vicini; la seconda, che non disperdasi in altro condotto, o non rubi da quello. Perciò terrassi il condotto lontano dall'altro 12 braccia da ciglio a ciglio di fosso. L'esperienza dimostra tale distanza essere sufficiente per impedire i sensibili disperdimenti. Trovandosi qualche tratto di terreno intermedio ai due fossi di natura marciosa, si leverà per surrogarvene un migliore, o si farà nel corso di esso alla lunga un fosso fin sotto al fondo dei condotti, che riempiuto di creta, o d'altra terra buona ben compatta, oppongasi al passaggio dell'acqua." *Idraulica pratica ragionata*, Tom. III. pag. 210. Guastalla 1802.

esistere una norma approssimativa per fissare le maggiori o minori distanze dei canali scavati, avuto riguardo alla diversa qualità del terreno posto fra le due correnti. Sotto il nome di *misura approssimativa* non intendo dinotare una data linea definita di distanza, cui non si possa o aumentare o diminuire; ma bensì intendo dinotare due massimi *limiti*, entro i quali si possa tracciare un cavo rispetto ad un altro, lasciando al discreto arbitrio, illuminato dalle circostanze, l'approssimarsi o l'allontanarsi dall'uno o dall'altro limite.

§ 885. Sarebbe certamente opera assai utile quella intrapresa da un fisico calcolatore, in cui con una serie di ben verificate e ben graduate sperienze si venisse a stabilire con che legge procedano le filtrazioni, colle quali si ruba l'acqua fra due rivi o fiumi posti ad una data distanza l'uno dall'altro. Queste sperienze dovrebbero incominciare dalla supposizione, che una corrente trascorresse fra sponde, e sopra un letto incavato nel macigno. A ciò corrisponderebbe un condotto fatto, come dicesi, di sasso vivo, o intonacato di cemento signino, adoperato dai Romani per contenere le scaturigini nei terreni palustri (1). In questa supposizione, come ognun vede, la distanza dall'uno all'altro cavo non potrebbe più essere determinata dalla necessità di rattenere le filtrazioni, ma unicamente dalla necessità di sostenere le ripe, onde non cedano allo sforzo laterale delle rispettive correnti, e premunirle dalle corrosioni nascoste, che potrebbero farle crollare. Qui è appunto il caso di applicare la regola ateniese, che tanta sia la distanza, quanta è la profondità del cavo.

§ 886. Quei dottori che hanno applicata questa regola ai condotti d'acqua, non hanno posto mente nè alla natura delle cose, nè alla mente dei legislatori. Non alla natura delle cose, perocchè in pratica si vede che nella comune qualità dei terreni *vegetali*, la composizione dei quali è essenzialmente *mista* (2), questa distanza eguale alla profondità non vale ad impedire le tracimazioni, e quindi si dà luogo alle indebite sottrazioni dell'acqua altrui. Non alla mente del legislatore, perocchè era manifesto ch'egli non si propose di prevenire le sottrazioni suddette, ma di prevenire unicamente le cadute e gl'interrimenti degli edificii stabili fra i vicini.

§ 887. Questi dottori poi non pensarono che per la condotta privata, in cui, generalmente parlando, non adoperavansi che le *fistole*. Ciò è così vero, che trattandosi d'interpretare una concessione di acquedotto, ricorrendo all'usanza comune, s'intendeva essere stato accordato l'uso

(1) Vedi il Libro antecedente, Capo XV.

(2) Tutti gli agronomi sanno che la terra vegetale dev'essere composta di argilla, calce, silice e terriccio, combinati fra loro in una certa proporzione.

delle *fistole*, e non di altri mezzi meno usitati (1). Posto quest'uso generale, ognuno intende che mancava la necessità di stabilire una legge, la quale fra l'uno e l'altro acquedotto fissasse la distanza da tenersi a fine di non rubar l'acqua del vicino.

§ 888. Dalla supposizione d'una corrente che passa in un cavo solido si dovrebbe passare alla supposizione delle correnti che passano per un cavo *cretoso* o *argilloso;* da questa ad un cavo di terreno *vegetale;* e finalmente ad uno di terreno *ghiajoso* e *arenoso.* In tutte queste supposizioni posta una tale portata d'acqua, e posto un dato terreno a basi determinate, si dovrebbe dire quanto un cavo debba distare da un altro; e dirlo in una maniera che potesse soddisfare alla portata dei cavi rispettivi. La formola esprimerebbe una ragione *composta* della *coibenza* del terreno, e della pressione *filtrante* dell'acqua.

§ 889. Potrebbe recar meraviglia, come nel primo paese dell'Europa, qual'è l'Italia superiore, in cui la diramazione delle acque presenta uno spettacolo cotanto grandioso e senza esempio, non sia mai stata divisata da alcun fisico e matematico l'opera di cui parlo. Ma pensando quanto l'abitudine, l'imitazione e la pigrizia umana valgono a ritardare le dottrine della più immediata e solida utilità (segnatamente quando occorra instituire molte sperienze per fondare un calcolo sicuro), non rimango più sorpreso dell'enorme e fatale lacuna che abbiamo su questo argomento.

Eccoci quindi costretti a valerci delle poche provvidenze lasciateci da secoli, ne'quali se non si vantava il lusso matematico ed il dogmatismo economico moderno, si aveva almeno più a cuore di provvedere, come

---

(1) " Recte placuit non alias per lapidem „ aquam duci posse, nisi hoc in servitute con„ stituenda *comprehensum* sit: NON ENIM CON„ SUETUDINIS EST, ut qui aquam habeat per „ lapidem stratum ducat: illa autem quae fe„ re in consuetudine esse solent (ut PER FI„ STULAS aqua ducatur), etiamsi nihil sit com„ prehensum, in servitute constituenda fieri „ possunt; ita tamen ut nullum damnum do„ mino fundi ex his detur „ dice Paolo nella legge 17. *De aqua et aquae pluviae arcendae.* Il caso contemplato da questa legge qual è? Egli è simile al seguente: Io ho comperato una data cosa per tante lire, senza esprimere la qualità delle lire. Ognuno decide, che se io non avrò espresso lire tornesi o di altro paese, s'intenderà che abbia voluto parlare delle lire correnti di Milano. Ma se è così, qui non c'entra per nulla la considerazione della maggiore o minore servitù od onere imposto ad un fondo, ma solamente l'applicazione della regola generale d'interpretare i contratti giusta l'uso corrente, allorchè le parti non siansi altrimenti spiegate.

Con quest'avvertenza ognuno potrà vedere e giudicare del valore di un passo del commentatore del Codice austriaco al § 497, il quale avendo saviamente disposto che la misura da non eccedersi nell'esecuzione di tali opere viene determinata dal *bisogno* del fondo dominante, insegna che senza una particolare convenzione *non possono consistere che in doccie o canne, e non in un canale murato.* Io bramerei conoscere la ragione di questa generale decisione, parlando del *bisogno.*

si sapeva, alle vere occorrenze dell'agricoltura e delle arti di necessità. Di queste provvidenze parlerò più sotto.

CAPO VI.

Se nelle leggi romane si trovi disposizione alcuna risguardante la distanza da tenersi tra i fontanili e condotti di diversi padroni. Esame dell' opinione del Pecchio.

§ 890. L'arcidiacono Pecchio agita di proposito la questione della distanza che taluno deve tenere da un altro fontanile nello scavare un così detto fontanile od acquedotto. Egli comincia a riportare il passo del giureconsulto Paolo, espresso nella leg. *Sciendum* 13. Dig. *Finium regundorum*. In questa trasceglie appunto la legge attribuita a Solone, e data agli Ateniesi, ma che in sostanza fu ricavata dalle leggi delle XII. Tavole. Siffatta legge è la seguente: « Si quis sepem ad alienum praedium » fixerit infoderitque, terminum ne excedito; si maceriam, pedem relin- » quito; si vero domum, pedes duo; si sepulcrum aut scrobem fecerit, » quantum profunditatis habuerit, tantum spatii relinquito » (1). Prima di tutto conviene notare la frase *qui scrobem fecerit*. Sotto il nome di *scrobis* o *scrobs* che cosa s'intende veramente dinotare? Tutti gl'intelligenti della lingua latina vi diranno, che sotto questo nome s'intende solamente una *buca* fatta nel terreno, simile a quelle che si fanno per piantare alberi o viti, per disotterrare qualche cosa, ec. ec.; ma che i Latini, e molto meno i giureconsulti, non intesero mai dinotare scavi destinati a contenere o trasmettere acqua. Quanto alle buche destinate a contener acqua, la legge adopera il nome di *fossa*. *Fossa est receptaculum aquae manufactum*, dice la legge 1. § 5. Dig. *Ut in flumine publico*. Quanto poi ai *canali*, essi adoperano i nomi de' quali abbiamo già spiegato il significato nel Libro antecedente. A niuno fu mai applicato il nome di *scrobis*. Per giustificare poi che il nome di *scrobis* non significhi altro che una semplice buca, fatta astrazione da ogni cosa che può contenere, si osservino fra gli altri Plinio, Columella, ec. (2). Tutto questo deve am-

(1) Da duemila quattrocento e più anni fu sentita la necessità di fissare nei paesi agricoli europei tutte queste distanze. I popoli che non ne abbisognano sono i nomadi, o anche quelli che non tengono le terre in una singolare proprietà e contiguità. Queste distanze furono adottate e sanzionate là dove si volle rispettare anche la piccola proprietà, e là dove i diritti privati non erano nomi vuoti di senso. Distruggere queste norme è come volere che gli uomini o vengano mai sempre alle mani fra loro, o rinunzino alla stabile proprietà.

(2) Plinio, Lib. IX. Cap. LI. — Columella, Lib. IV. Cap. I. IV. XV., e Lib. V. Cap. I. e X., et *De arboribus*, Cap. XIX.

mettersi anche dal Pecchio, il quale adopera la parola *fovea*, come surrogato di *scrobs* o *scrobis*. Ma se è così, domando che cosa hanno a fare le distanze delle buche secche, le quali si sogliono fare per piantar alberi, viti, ed altri simili lavori, o per seppellir morti, colle distanze fra i vecchi e i nuovi fontanili? Eppure la logica del Pecchio è la seguente: « Quo ad scrobem seu foveam tanta distantia ab una ad alteram est admittenda, quanta erit profunditas prioris foveae; et sic arguendo pariter A SIMILI, idem est dicendum de *fontanili* respectu alterius. »

§ 891. Ma, di grazia, chi abilitò il Pecchio ad argomentare *a simili?* Scavare un fontanile, dirà taluno, egli è formare una buca; ma per formare una buca si deve tenere una distanza eguale alla sua profondità: dunque per iscavare un fontanile vicino ad un altro si deve tenere tanta distanza, quanta è la profondità. Questo sillogismo non è nè in *barbara*, nè in *barocco*. Prima di tutto la legge, parlando di una buca secca o di un sepolcro, non ispiega se la distanza sia da altra buca o da altro sepolcro, ma indica soltanto l'*altrui fondo*, e nulla più. Il termine di paragone è l'*alienum praedium*. Dunque in primo luogo l'argomento è sbagliato, perchè il *soggetto* della legge è lo *stabile* altrui, e non il fontanile altrui. In secondo luogo poi àvvi un bruttissimo scambio logico di due idee affatto distinte. Altro è il letto materiale di un fontanile, ed altro è tutto il suo complesso. Più ancora: altro è il suo complesso, ed altro sono gli *effetti nocivi* che può o inferire o sofferire in conseguenza della sua prossimità, sia ad un fondo, sia ad un fontanile o ad un canale altrui. Qual è l'*intento* che viene proposto dal legislatore? Forse d'insegnare l'architettura campestre od urbana? No certamente. Suo intento è di prevenire i *danni*, e quindi le liti che possono derivare da costruzioni mal pensate, o dettate da un sordo ed esclusivo egoismo. Ora in punto di danni derivanti da scavi di acque si può mai prescindere dalla considerazione di recipienti e conduttori di acque? Qual'è quella bestia di legislatore che abbia potuto avvisarsi di provvedere a questi danni, parlando soltanto delle *buche secche* e delle *sepolture?* Come dunque si può argomentare *a simili*, senza trattare il legislatore da stolido? — Qual'era dunque l'unica riflessione che doveva nascere leggendo la legge suddetta? Ch'essa *non parla* di scavi d'acqua, e che a loro non è *applicabile* nè punto nè poco.

§ 892. Consultando la natura delle cose, il Pecchio medesimo si accorse che volendola trascinare alla costruzione dei fontanili riesce improvvida. Ma imbevuto della sua argomentazione *a simili* prosegue: « Hinc Statutum Mediolani voluit hoc *reparare inconveniens* consti-

» tuendo spatium brachiorum trecentum terrae fore dimittendum ab uno » fontanili ad aliud fontanile. »

Io non impugno la provvidenza dello Statuto di Milano, ma bensì il modo di ragionare del Pecchio. Finchè avesse detto che nel Diritto romano non esisteva provvidenza alcuna circa lo scavare un fontanile ad una data distanza da un altro, e che anzi nel proprio fondo era permesso ad ognuno di scavarlo, a costo di tagliar le vene dell'acqua altrui, e quindi che lo Statuto di Milano volle indurre una legale *servitù*, io avrei accordato questo fatto. Ma dire che collo Statuto di Milano fu riparato ad un tale inconveniente, è come dire che un legislatore ordinò che un'acqua naturalmente defluente da un fondo superiore ad uno inferiore non possa dal padrone del fondo superiore essere mai deviata in proprio vantaggio. Qui dove sta l'inconveniente riparato? Nell'uso che il padrone di un fondo fa dell'acqua propria in proprio vantaggio? Ma usare della cosa propria a proprio vantaggio è forse un *inconveniente?*

§ 893. Ma omettendo per ora di ragionare sulla pretesa provvidenza dello Statuto milanese, domando al Pecchio, sul punto della distanza suddetta, come possa stabilire la tesi, che *de jure communi nulla adest determinata distantia*, *nisi ex dicta* lege *sciendum.* È vero, o no, che quella legge parla di tutt'altre distanze? È vero, o no, che da altre leggi del Diritto romano, addotte dallo stesso Pecchio, risulta che su questo punto fu lasciata una piena libertà? « Si in meo fundo aqua erumpat, quae ex tuo fundo venas habet; si eas venas incideris, et ob » id desierit ad me aqua pervenire; tu non videris vim fecisse, si nulla » servitus mihi eo nomine debita fuerit » dice Javoleno (1). Qual' è la causale di questa legge? Che in qualunque parte del mio fondo posso scavare una fontana, quand' anche io tronchi le vene del vicino. Ma se posso far ciò nel luogo mio superiore, e producendo questo effetto, egli è per sè stesso assurdo l'imaginare che su questo oggetto il Diritto romano abbia provveduto col prescrivere una distanza cui non lice oltrepassare. Dico *su questo oggetto*, perchè un fontanile, come semplice buca, non è oggetto proprio di provvidenza sulle acque, ma di provvidenza rispetto ai lavori fatti ad un fondo limitrofo altrui. È dunque falso quanto asserisce il Pecchio, che in forza del Diritto romano

(1) Leg. 21. Dig. *De aqua et aquae pluviae arc.* Nella legge 24. Dig. *De damno infecto* Ulpiano propone il seguente caso. « In „ domo mea puteum aperio; quo aperto, venae putei tui praecisae sunt: an tenear? „ Ait Trebatius non teneri me damni infecti; „ neque enim existimari operis mei vitio „ damnum tibi dari in ea re, IN QUA JURE MEO „ USUS SUM. »

sia stata fissata la distanza da tenersi tra un fontanile scavato sul fondo altrui, e un fontanile da scavarsi sul fondo proprio (1).

§ 894. Ciò che dicesi dello scavo di un fontanile si deve pur dire riguardo ai canali conduttori; perocchè coll'uso comune delle fistole, come fu già osservato, mancò persino il motivo *comune* di far leggi prescriventi le distanze. Invece troviamo essersi scrupolosamente provveduto dalle leggi, onde prevenire *ogni danno* col *vicino;* e tutto il titolo *De damno infecto* tende a questa prevenzione. Il *damnum infectum* non è il danno *inferito;* ma all'opposto è il danno NON FATTO, come spiega la legge stessa (2). Vi sono danni imputabili, e danni non imputabili. Quelli che derivano da forza maggiore e da casi straordinarii, e che non si possono prevedere o prevenire, non danno azione alcuna; ma quelli che derivano da una *cattiva costruzione* sono imputabili, e danno azione o a far correggere l'opera, o a toglierla del tutto. Di ciò si dirà più sotto.

CAPO VII.

Con quali dati si possa all' indigrosso fissare la distanza legale fra uno scavo nuovo da farsi, ed un canale o fiume altrui.

§ 895. Se scavo nel mio fondo per fare scaturire un'acqua, e che io la tolga al vicino, non fo altro che deviare un'acqua che sotterra scorreva *naturalmente* nel fondo inferiore. Qui non v'è lesione di proprietà altrui, come non v'è quando io mi approfitto di un'acqua naturalmente scorrente sopra terra. Ma quando per un canale manufatto altrui scorre un'acqua, ed io voglia sottrarla, o costruisca un'opera, per la quale trapelando l'acqua dal mio cavo, s'innonda e degrada il fondo e l'edificio del vicino, domando se si possa far valere la stessa ragione.

§ 896. Taluno qui mi risponde, che altro è la *condizione naturale* delle cose, ed altro è lo *stato procurato* delle medesime. Altri sono gli effetti non imputabili al fatto nostro, ed altri gli effetti che derivano dall'opera nostra. L'acqua da me condotta per un canale da me scavato è mia, come sono mie le viti piantate, gli animali addomesticati, e via discorrendo. Ma se è mio il canale e mia l'acqua, noi non siamo più nei

(1) Si potrebbe agitare la quistione, se nel dominio di Milano i padroni di fondi, ne'quali prima delle nuove leggi esistevano fontanili, abbiano acquistato per trecento braccia all'intorno la servitù di divieto statutaria, dimodochè si possa dire non essere stata tolta dalle posteriori legislazioni. Io indico qui questa quistione, per tenerne conto a suo luogo.

(2) *Damnum infectum est damnum nondum factum, quod futurum veremur.* Leg. 2. Dig. *De damno infecto.*



rapporti d'un oggetto compartito immediatamente dalla natura, ma siamo nei rapporti di un oggetto affetto dalla mia padronanza. Noi non trattiamo più di cosa *occupabile* a nostro arbitrio, ma di cosa esclusivamente appartenente all'altrui dominio. In breve, noi versiamo sull'altrui *proprietà*. Ecco appunto il caso di un canale altrui preesistente, a fronte del quale io progetto un'opera. Da tale ragionamento prosegue taluno dicendo che con questo punto di vista si può afferrare la *differenza* di diritto che passa fra la disposizione abolita delle trecento braccia per iscavare una testa di fontanile, e la disposizione vigente dei regolamenti circa la distanza da tenersi dai fiumi e canali. Nello scavare il fontanile si tratta d'una corrente che può essere deviata da me *prima* che giunga al fondo altrui, perchè prima passa, sebbene sotterra, nel fondo mio, libero da servitù. L'acqua diviene *propria* dell'inferiore solo quando È GIUNTA a lui. Per togliere la mia facoltà occorre una servitù di divieto. Se l'inferiore possiede l'acqua, non possiede le prime ed occulte sorgenti esistenti fuori del fondo di lui, come non possiede le palesi. Padrone del suo fondo, il suo dominio spira coi confini del fondo stesso. Quando per lo contrario scavo sul fondo mio in maniera di attrarre l'acqua altrui, io sottraggo l'altrui proprietà acquistata. Se poi la tramando a lui con suo danno, assoggetto l'altrui proprietà ad un danno, o anche ad un onere, dal quale era esente; locchè non posso fare che col solo consenso del padrone, o per comando di legge.

§ 897. Ma questa veduta così nuda ed isolata può forse bastare per qualificare il precetto *positivo* della distanza come dettame del *privato* diritto di proprietà? Veggiamolo. Sia che io conceda, sia che io sia obbligato ad accordare altrui il passaggio dell'acqua sul fondo mio, è certo che, oltre il luogo che serve all'acquedotto, il fondo mio è libero e di mia proprietà. Dunque se è libero, io sono padrone di fare in esso ciò che trovo *utile* al fondo stesso. Il luogo che serve all'acquedotto non è solamente il rivo, ma uno spazio di qua e di là bastante per la purgazione, restaurazione, ed altri ufficii necessarii della servitù. Dunque oltre questo spazio se mi occorra di costruire un canale *parallelo*, niuno potrà impedirmelo in forza della ceduta servitù. Tu mi dici che con questa vicinanza corri pericolo che la tua acqua sia distratta, o sieno indeboliti i fianchi del tuo cavo. Io dico che correrei lo stesso pericolo allorchè dovessi costruire un canale *più alto* del tuo. Che cosa dovrei fare? Munire il mio cavo o di vivo o di cemento, e rinforzare le sponde, per non soffrire sottrazioni. Se dunque la natura dei piani che debbo irrigare esigesse ch'io dovessi fare un cavo parallelo al tuo, *più profondo*

del tuo, tu, se vuoi ripararti dai pericoli temuti, devi pensare a fare nel tuo canale ciò che io avrei fatto nel mio, se avessi dovuto costruirlo più alto.

Tu mi dirai che il tuo cavo *preesiste* al mio; che io contraendo la servitù, mi sono obbligato ad astenermi da ogni atto *dannoso* ad altri; molto più se il possa. Ma così è, che con questa vicina costruzione offendo l'uso della tua acqua. Dunque io non posso costruire questo mio cavo usurpatore. — Specioso è l'argomento; ma ecco la mia risposta. Tu pretendi in sostanza, che avendoti io accordato il passaggio dell'acqua, mi sia interdetto di usare a mia utilità anche del terreno posto *al di là* della misura voluta dalla legge convenzionale. Dunque tu vuoi estendere la servitù oltre i confini convenzionali e legali. Ma chi ti aggiudica questo diritto? Nessuno. Qui anzi ritorcendo l'argomento contro di te, ragiono nella seguente maniera. È certo che oltre il terreno necessario per la costruzione, purgazione, ed altri ufficii necessarii del rivo, tu non hai nè diritto sopra il terreno, nè facoltà d'impedirmi qualunque opera utile a' miei fondi. Ma così è, che tu colla pretesa oppostami assoggetti a servitù una misura indeterminata di terra, *oltre* alla convenuta ed assegnata dalla legge convenzionale, e vincoli l'esercizio della mia utile proprietà oltre i contemplati confini. Dunque tu pretendi cose eccedenti il convenuto, e non approvate dalla legge convenzionale e dalla pubblica sanzione.

Sia pur vero che da ciò nasca un *conflitto* d'interessi. E che per questo? Ciò è un effetto dei nostri diritti *eguali*, che vengono in concorso. Dunque che cosa rimane? Rimane il partito, che tu debba munire il tuo cavo superiore, ossia più alto, come avrei dovuto far io se avessi dovuto costruirne un simile.

Ecco la necessaria teoria dedotta dal solo principio dei diritti privati. Dunque se i regolamenti hanno imposto qualche cosa di più e di diverso, tutto ciò deriverà dal solo Diritto *pubblico*, ossia politico e puramente amministrativo. Ecco il vero punto di vista della disposizione da noi riportata ed esaminata.

§ 898. *Dar danno ad altri* SENZA DIRITTO, ecco l'oggetto vero e proprio cui le leggi *civili* vogliono allontanare. Dico *senza diritto*, poichè vi sono danni conseguenti di mero fatto, ai quali la legge non potrebbe ostare senza violare la giustizia e l'equità. Pietro per coltivare il suo campo volge gli scoli *necessarii* sul mio fondo. La legge pronuncia che io sono tenuto a sopportarli, e a difendermi come posso (1). Perchè ciò?

(1) Vedi la legge 1. § 3. 4. 5., e la legge 8. § 2. del Dig. *De aqua et aquae pluviae arc.*

Perchè Pietro usa soltanto del *suo diritto* di proprietà dentro i limiti della necessità. Teniamo per fermo che ad ogni tratto nascono queste piccole collisioni d'interessi, ai quali non si può provvedere se non rispettando l'eguaglianza. Ecco lo spirito delle leggi romane e di qualunque altra equa legislazione in fatto di danni contingibili da costruzioni o da lavori fatti da noi rispetto alle altrui proprietà.

§ 889. Premessi questi schiarimenti, ripiglio il tenore dell'art. 55, di cui riproduco le parole. » È vietato scavare ed aprire sorgenti e teste » di fontanili, condotti, cavi, come pure l'approfondare ed ampliare le » escavazioni e sorgenti attualmente esistenti in vicinanza ai fiumi o ca» nali entro la distanza nella quale, a giudizio dei periti, possono nuo» cere ai fiumi e canali, o ai loro ripari. » Ponderate questo testo. Qual è l'*oggetto* che si vuole guarentire? I fiumi o canali esistenti o preesistenti ad altri scavi. Qual è l'*intento* che si vuole ottenere? *Non nuocere* ai detti fiumi o canali, o ai loro ripari. Quali sono le opere qui contemplate, e che vengono assoggettate ad una distanza a giudizio dei periti, in quanto possono nuocere ai detti fiumi o canali, o ai loro ripari? Queste opere sono l'apertura di sorgenti o teste di fontanili, la costruzione di condotti e di cavi, l'ampliazione delle escavazioni o delle sorgenti preesistenti.

§ 900. Ma se gli oggetti guarentiti sono i fiumi o canali, e i loro ripari, egli è per sè evidente che noi versiamo sopra cose di *altrui* proprietà, e siamo fuori della sfera statutaria sopra contemplata. Qui i rapporti sono tra un fontanile preesistente, ed altro che far si potrebbe *superiormente*. Sotto il nome di *fiumi* o *canali* io non posso comprendere le *teste* dei fontanili. La garanzia dunque riguarda soltanto i fiumi ed i canali preesistenti ad uno scavo che si volesse fare posteriormente. Ciò viene imposto soltanto in via di ordinazione amministrativa o politica, la quale non conviene estendere oltre la lettera della legge.

§ 901. Dico che non conviene estenderla *oltre la lettera della legge*. La ragione è per sè manifesta. Qui non si tratta d'un principio di ragione *naturale privata*, cui si possa o per identità di ragione o per connessione logica far valere nel silenzio del testo; ma bensì si tratta di disposizione *meramente positiva*, e tutta volontaria del legislatore, il quale statuendo su motivi di *pubblica* amministrazione, non è nè ristretto alle vedute del privato diritto, nè legato alla immutabilità dei dettami di rigorosa giustizia privata, la quale non ha che un punto inviolabile, qual'è la *parità*. Le viste amministrative per lo contrario varie, e molte volte di circostanza, come non lasciano al giureconsulto la facoltà

di indovinare la mente del legislatore, così non lasciano l'arbitrio di supplire o di estendere una disposizione la quale tendesse a favorire un cittadino *a spese* dell'altro. Questi sagrificii non possono essere imposti fuorchè dal sommo imperante. Dunque le disposizioni relative non si possono pigliare che a rigore di lettera.

§ 902. La legge qui si rimette al giudizio dei periti. Il giudizio dei periti poi è sottomesso ai necessarii rapporti fisici delle cose, manifestati da una comune e confermata esperienza. La legge, come non limita il giudizio dei periti, così pure si rimette tacitamente ai risultati di questa esperienza. Ora domando se in via di esperienza siavi qualche norma autorevole, la quale possa cattivare i suffragi del giureconsulto e del magistrato.

A questa domanda pare che si possa almeno in parte soddisfare. Dico almeno in parte, per indicare che abbiamo due estremi massimi adottati dalle nostre consuetudini, i quali si debbono presumere stabiliti da solide e confermate esperienze. Incominciando dai più antichi a me ora noti, trovo in primo luogo il vecchio Statuto milanese. Egli tra un fiume ed un nuovo cavo volle interposta la distanza di *quattro gittate*, le quali corrispondono appunto ad 8 trabucchi, e non a 4, come dice il Pecchio.

§ 903. Qui, come ognun vede, l'oggetto materiale dal quale si desume la distanza è un *fiume*. Sotto tal nome si comprende la massima portata di acqua che scorre dentro terra. Questa massa si presume dotata della massima forza espansiva, sì per le tracimazioni dell'acqua, e sì per atterrare i fianchi che la rattengono. Vero è che la legge non ha specificata la qualità del terreno frapposto; ma appunto da siffatta ommissione lice congetturare aver voluto comprendere ogni specie di terreni. Dunque dentro la distanza di otto trabucchi, corrispondenti a braccia trentacinque, once una e punti quattro, pare che versar possano tutte le distanze contemplate dal detto articolo 55.

» Il nostro Trattato di Ostiglia (dice il Mari) ha fissata una distanza » uguale per tutti i canali artefatti e naturali. Entro la distanza di cin- » quanta pertiche veronesi non consente che derivinsi sorgenti, stabi- » lendo che in questo tratto non possa nascere che acqua *già destinata* » *altrui.* Noi rispettiamo una tal legge. Chi avesse però a stabilirne una » nuova opererebbe con maggiore accertamento, *se non supponesse della* » *stessa natura* i terreni laterali dei fiumi e dei condotti manufatti, e » nello stesso fiume o condotto, in qualunque distanza dalla sorgente o » incile; e se calcolasse le diverse altezze del pelo delle sorgenti e dei » prossimi condotti. »

« Dunque una legge *generale*, se è giusta per fini politici, non è » idrostaticamente acconcia all'intento. Lo stesso fiume e lo stesso con» dotto non ha nè anche terreni laterali della stessa indole. Alla distanza » di due pertiche possono trovarsi escluse le sorgive. »

« La nostra *pratica* richiede appunto la distanza di *due pertiche* » d'un condotto d'irrigazione o di restituzione da un altro. E credesi ba» stante, ancorchè l'acqua dell'uno tengasi più alta che nel suo vicino, » e siavi pericolo che la più alta, filtrando per argini, passi ad impinguare » la bassa. »

« Sulla Bresciana vi ha la legge di stare coi fossi distanti dai canali » maestri dodici pertiche. Trovansi dunque terreni che oppongonsi al » passaggio delle sorgive in poca distanza. Ciò stando, si potrebbe per» mettere lo scavare sorgive in tali terreni in maggiore vicinanza del fiu» me o canale, senza pregiudizio di questi » (1).

§ 904. Sopra abbiamo veduto che in certe località lo stesso autore ha creduto bastante la distanza di dodici braccia. Così dalle trentacinque alle dodici abbiamo due estremi. La prima misura riguarda i fiumi e canali appartenenti al pubblico; la seconda riguarda condotti privati ordinarii. La misura bresciana forma un altro massimo. Nessuno è obbligatorio.

§ 905. Niuno però sognò mai di stabilire che il canale debba essere tanto distante quanto profondo, e meno poi che la stabilita distanza debba essere irrefragabile. Da queste pratiche per altro ogni giureconsulto e magistrato può agevolmente raccogliere certi limiti fissi, entro i quali ognuno si deve contenere; dimodochè a proporzione della portata dell'acqua si può avvicinare all'uno o all'altro estremo.

Con questi ravvicinamenti parmi di poter soddisfare alla indagine proposta non con dati speculativi, ma con dati ricavati da pratiche sperimentate, le quali certamente non sarebbero invalse, se reiterate sperienze le avessero mostrate illusorie. Confesso per altro, che rimane ancora molto di arbitrario, e che con ciò non si soddisfa ad una più religiosa convinzione. Ma, nell'aspettativa della serie delle esperienze sovra proposta, ci è forza contentarci dei limiti or ora indicati.

§ 906. Taluno potrebbe osservare che io ho posto in mezzo statuti e pratiche, ed anche usi, come norme da potersi o doversi adottare in generale; e però che in linea *legale* la mia proposizione riesce incompetente. A questa osservazione siami permesso rispondere, che la norma da me

(1) *Idraulica pratica ragionata.* Tomo III. Sez. XII. n.° 2.

accennata venne assunta non come una cosa di autorità legislativa e locale, ma come l'espressione di una *legge* puramente *fisica* rilevata dalla esperienza. Non confondiamo di grazia le ordinazioni legislative, che possono essere abrogate in conseguenza di rapporti puramente *morali*, economici e variabili, con quelle ordinazioni le quali non sono che l'espressione di un *fatto fisico* costante. Le prime cessano coll'abolizione della legge; le seconde rimangono come *verità di fatto*, o almeno come mezzi necessarii somministrati dalla stessa necessità fisica delle cose.

§ 907. E per giovarmi d'un esempio, fingiamo il caso che la legge, dopo una costante esperienza di più secoli, avesse trovato che per guarentire gli edificii dai guasti della grandine fosse necessaria una data costruzione di coperte, e che con una legge avesse sanzionato questa costruzione. Abrogata la legge, quella costruzione cesserebbe per questo di essere provvida? cesserebbe per questo la verità fisica dell'effetto che ne risulta? Proprietà del pane sarà sempre quella di nutrire; proprietà dell'arsenico sarà sempre quella di uccidere. Fate ed abrogate tutte le leggi che volete, questa qualità sarà sempre ingenita alle cose. Dunque se si trovasse che un dato antidoto toglie l'effetto dell'arsenico, e che un dato statuto lo avesse sanzionato, si smentirebbe per questo l'attività dell'antidoto, e cesserebbe per questo la provvidenza *generale* che ne potrebbe ricavare? Ecco il vero punto di vista, sotto del quale io ho riguardate le distanze sovra riferite; ed ecco perchè ho tradotto in regola generale, comunque ancora grossolana, gli estremi da essa ricavati.

CAPO VIII.

Conseguenze immediate della scelta del luogo dell'acquedotto. Principii legali risguardanti la costruzione dello stesso.

§ 908. Scelto il *luogo* e determinata la *distanza* dell'acquedotto da costruirsi, e supponendo sempre che nulla in particolare sia stato pattuito sulla materiale *costruzione* del medesimo, esaminiamo che cosa dispongano le leggi su questo particolare. Anzi tutto osservo, che se *prima* della scelta del luogo tutto il fondo riguardavasi affetto dalla servitù (come sopra fu veduto), *dopo* la scelta l'onere viene *concentrato* nel luogo prescelto, e le altre parti del fondo rimangono libere. « Si iter actusve » SINE ULLA DETERMINATIONE legatus est, modo determinatur, et qua primum iter determinatum est, EA SERVITUS CONSTITIT; caeterae partes agri » liberae sunt. Igitur arbiter dandus est, qui utroque casu viam determinare debet » dice Javoleno nella leg. 13. Dig. *De servit. praed. rustic.*

§ 909. In secondo luogo osservo, che in forza di questa scelta la *posizione* ed i *limiti* dell'onere vengono fissati così, e viceversa la libertà delle altre parti del fondo viene assicurata così irrevocabilmente, che nulla può essere cangiato a danno del fondo serviente, fuorchè per un nuovo contratto col padrone del medesimo. « Ea servitus constitit » (dice qui Javoleno). « Verum constitit (dice Celso), ut qua primum viam dire» xisset, ea demum ire agere deberet, nec amplius mutandae ejus pote» statem haberet, sicuti Sabino quoque videbatur, qui argumento RIVI » utebatur, quem primo qualibet ducere licuisset, postea quam ductus » esset transferre non liceret » (Leg. 9. Dig. *De servitutibus*).

Queste sono le prime ed immediate conseguenze della località fissata dell'acquedotto, sia ch'essa venga fatta dapprima nel contratto, sia che venga determinata dappoi.

§ 910. Posto il principio, che *scelto* il luogo, il dominante no'l possa *più mutare* senza il consenso del serviente, ne viene la necessaria conseguenza, che senza il consenso di questo non possa *più imprestare* il suo cavo ad un altro. Tutte le volte che l'imprestito esige che il fondo serviente venga *aggravato* da un nuovo onere, è da sè manifesto essere per sè vietato. Ma così è, che col prestare altrui s'impone un nuovo onere, attesochè è fisicamente impossibile usarne senza cangiare la direzione dell'acqua, e senza assoggettare il fondo serviente a questa nuova direzione. Dunque resta ch'ei non possa usare dell'acqua che giusta la direzione convenuta; e correlativamente che non possa prestare altrui il condotto tracciato sull'altrui fondo. Ecco la disposizione e il senso della legge 24. Dig. *De servit. rustic. praed.*, che ha posto tanto alla tortura gli espositori del Diritto romano. Questo senso è il solo coerente col fatto figurato e cogli altri testi, e finalmente colla ragione.

§ 911. Ora passando all'argomento della costruzione, fo riflettere ad un principio importante e decisivo per tutta la materia. Questo principio è, che le regole seguite nella servitù *forzata* d'acquedotto, della quale abbiamo fatto cenno di sopra, sono identiche a quelle che si debbono far valere nel *silenzio* della convenzione sopra questo particolare. Diffatti esaminando la norma sanzionata, qual'è quella di recare il minor danno possibile al fondo *serviente*, compatibilmente all'effezione della servitù, e trovando che questa forma anche la norma della legge *suppletoria* alle espresse convenzioni, siamo autorizzati a far valere le stesse regole in entrambe le specie di servitù di acquedotto. Diffatti, posta in disparte l'*origine*, la quale in un caso è *convenzionale*, e nell'altro è *obbligatoria*, noi dobbiamo fermare l'attenzione sul *modo di esecu-*

zione, il quale, quando non venga espresso, riesce *identico* in amendue i casi.

Qui si parla sempre del *modo legale*, vale a dire delle regole conciliative l'interesse delle parti, giusta i principii fondamentali della scambievole uguaglianza. Io ripeto questa osservazione, a fine di evitare lo scambio fra l'*oggetto materiale* della costruzione e l'*oggetto legale* della medesima. Quest'oggetto legale è sempre e poi sempre il pareggiamento delle utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà.

§ 912. Preparato così l'argomento proprio della dottrina, ripigliamo la domanda fatta più sopra, vale a dire quali sieno le *regole legali* della COSTRUZIONE dell'acquedotto. A questa domanda io rispondo: O noi parliamo di un acquedotto scavato nel terreno, o noi parliamo di altre costruzioni. Nel primo caso non troviamo altra regola, fuorchè quella che il cavo sia *proporzionato* alla portata dell'acqua pattuita, e sia fatto in modo da *prevenire* i danni del fondo serviente. Fra questi danni si contemplano particolarmente le corrosioni e le cadute delle ripe, lo straripare dell'acqua, ed altri simili accidenti che possono accadere in un cavo terreno, salva sempre la riforma dei vizii permanenti. A primo tratto non si presentano questi vizii permanenti, ma pure si possono manifestare almeno occasionalmente. Ecco un caso. Pietro concede altrui la costruzione di un cavo terreno, ossia depresso, attraverso alla sua campagna coltivata. Nelle vicende necessarie della sua agricoltura già prima praticata, o anche per una utile opportunità, egli costruisce una risaja nel fondo fronteggiato dal cavo conceduto. Che cosa accade? Il piano della risaja essendo più alto del cavo permesso, ed il terreno non essendo coibente, l'acqua trasmessa alla risaja scappa di sotto; dimodochè non solamente si consuma il doppio d'acqua, ma questa non potendo essere riscaldata dai raggi solari, e spogliando di nutrimento le radici del riso, rende vana ogni cura, e reca un danno emergente abituale. Più ancora, rende per sempre impossibile la coltivazione del riso e di altri prodotti bisognosi d'irrigazione. In questo caso si potrà giammai dire che tale specie di danni cada nella categoria di quelli contemplati nell'originaria convenzione? Questa quistione verrà discussa a suo luogo. La costruzione del *cavo terreno* deve essere fatta in modo da prevenire tutti simili danni, e però l'esecuzione deve essere subordinata alla doppia mira di trasmettere l'acqua pattuita e di prevenire questi inconvenienti.

§ 913. La cosa esige maggiori cure allorchè si tratti d'una costruzione sopra il terreno, sia che si faccia il letto del canale incombente, sia che si faccia con manufatto elevato a modo d'archi o di altri sostegni. E per

parlare dei primi, conosciuti volgarmente sotto il nome di *cavi-levati*, è da osservarsi, che se essi vengono costrutti con ispalle di pura terra, la qualità loro riesce perniciosa ai fondi pei quali passano, attese appunto le facili filtrazioni derivanti, sia dalla natura del terreno, sia dagli animali che li possono traforare (1). Qui non parlo dei danni che ne può risentire lo stesso padrone del cavo, perchè questi rapporti non entrano per ora nella nostra considerazione.

§ 914. Supponiamo dunque il caso, che nel contratto sia stato stipulato in genere il passaggio di un'acqua sul fondo altrui, e che, fatto lo sperimento, si trovi di non poter costruire un cavo-depresso, ma essere necessario un *cavo-levato*. Si domanda se l'acquirente della servitù possa costruirlo senza l'assenso speciale del padrone del fondo serviente. In caso che il possa, quali sono le *condizioni* che si debbano osservare a riguardo del fondo che sopporta la servitù? Alla prima questione facile è la risposta. Concessa la servitù, s'intende concesso tutto ciò che è necessario per poterla effettuare (2). Ma così è, che questa non si può effettuare senza la costruzione del cavo-levato. Dunque il padrone del fondo assoggettato è obbligato a concedere la costruzione di questo cavo. Ma dall'altra parte egli è pur vero che il padrone del fondo dominante deve ope-

(1) Ecco quanto osserva il Mari: « Quando è forza (egli dice) tener l'acqua in rialzo tra convenienti argini, *non può schivarsi* che non nascano nei terreni laterali sorgive che li guastino. Se l'acqua non traversa gli argini, trapela sott'essi. Infatti vedesi una quantità di terreni guasti da condotti alti che li traversano. Quindi nascono dappoi molti reclami e molte petizioni d'acqua per mettere a risaja quei terreni non capaci di altra coltura. Talvolta potrebbe giovare un redifosso a'piè degli argini, che scaricasse i trapelamenti. Sarebbe però difficile introdurli nello stesso condotto; ed ecco una porzione d'acqua perduta. Per queste ragioni non permettasi nium condotto in rialzo. Rinunzisi al vantaggio della linea più breve per cercarne un'altra, in cui l'acqua resti incassata fra terra. Prima di concedere irrigazioni, richieggasi il profilo del condotto, e dei terreni che lo costeggiano. Trovati i terreni alti, tra'quali scavare il condotto, cerchisi ancora il minor danno dei terreni, e dei proprietarii di quelli. Cerchisi di tagliarli il meno che si può. Ha ben diritto l'irrigante di ottenere il passaggio, ma col minor danno possibile del padrone del fondo. L'irrigante non cerca che il suo risparmio, e si ostina ad ottenere una strada assai pregiudizievole agli altri, mentre ve n'avrebbe un'altra meno dannosa. Qualunque spesa sia per costare all'irrigante, facciasegli prender questa, e non altra. »

Idraulica pratica ragionata. Tomo III. pag. 208-209. Guastalla 1802.

(2) DIRITTO ROMANO.

Leg. *Servitutes* 20. § 1. Dig. *De servit. praed. urb.*

Leg. item sic 3. § 3. Dig. *De servitutibus praediorum rusticorum.*

CODICE NAPOLEONE.

» Costituendosi una servitù, si ritiene accordato tutto ciò ch'è necessario per usarne » (§ 696).

CODICE AUSTRIACO.

« Quegli che ha il diritto di derivare l'acqua dal fondo altrui nel proprio, o di condurla dal proprio nel fondo altrui, può egli

rare col *minor danno* del fondo soggetto. Dunque deve costruirlo non solamente entro i limiti della portata dell'acqua, ed occupare il minor terreno possibile, ma deve eziandio costruirlo *in modo* che le tracimazioni vengano prevenute, e il fondo soggetto non soffra deterioramento dal passaggio dell'acqua. Dunque il padrone del fondo soggetto ha diritto di esigere o che il canale venga costruito in modo da impedire le filtrazioni suddette, o che ne venga inibita l'effesione. Accorda egli il padrone di far l'opera guarentita? Allora hanno luogo tutti i mezzi dell'arte, purchè si ottenga l'intento. Provvede egli male? Allora il padrone del fondo soggetto ha diritto d'insistere o per una riforma dell'opera, o per l'abolizione della medesima. Ecco la *condizione*, o a dir meglio gli effetti della condizione di questo contratto bilaterale. Questa è la condizione *sine qua non*, colla quale le leggi pronunziano potersi effettuare la condotta di un'acqua, tanto se il passaggio sia stato concordato, come se questo passaggio sia stato obbligato. « Ex flumine (cioè da una corrente qualun» que) aquam plures ducere possunt, ITA TAMEN ut vicinis non noceant » dice Pomponio nella legge 3. Dig. *De aqua cotid. et aestiva*. L'*ita tamen* significa o no la *condizione* dalla quale dipende la facoltà di condurre l'acqua? Ma se è condizione per cui si può condurla, egli è per sè chiaro che, posto il contrario, non si potrà più condurla (1). Con tale soggiunta è fatta la risposta alla seconda quistione.

§ 915. Contro questa risposta taluno potrà opporre, il padrone del cavo-levato non poter essere costretto ad una costruzione cementata o di vivo sasso, ma bastare ch'egli risarcisca il danno al padrone del fondo soggetto; e ciò tanto più quando nell'istrumento di convenzione fosse stata apposta la clausola di risarcire i danni a stima di periti. Contro questa opposizione debbo far osservare, che altro sono i danni *passaggieri* e contingibili per l'opera e per l'uso della servitù stabilita, ed altro i danni abituali ed *inerenti* alla costruzione stessa dell'opera. I primi formano appunto l'oggetto delle clausole che si sogliono apporre negl'istromenti; i secondi poi danno azione o a far riformare l'opera medesima, o a toglierla di mezzo. Questa distinzione è sommamente importante, tanto più

» pure costruire a sue spese i condotti, i ca» nali e le chiuse necessarie a questo fine. » La misura da non eccedersi nella esecuzio» ne di tali opere viene determinata dal bi» sogno del fondo dominante » (§ 497).

« Se per derivare le cose fluide sono *ne» cessarie* delle fosse e dei canali, il proprie» tario del fondo dominante è obbligato a co» struirli, ed anche a tenerli ben coperti e » purgati, per *diminuire così il peso del fon» do serviente* » (§ 491).

(1) Ved. Leg. 3. *De aqua quotid. et aestiva*. Leg. Dig. *Quemadm. servitutes amit.* Leg. 1. § 6. Leg. 2. § 10. Leg. 11. Dig. *De aqua et aquae pluviae.*

che non è bene avvertita in pratica. Prima di tutto la ragione naturale vi dice che il minor danno voluto dalle leggi e dai regolamenti importa di sua natura che tutti i danni derivanti dalla cattiva costruzione siano *prevenuti*, salvo sempre l'uso della servitù stabilita. Che cosa inchiude questo concetto? Esso inchiude il supposto di un contratto *condizionale*, nel quale non soddisfacendosi alla condizione, egli s' intenda di niuno effetto. E qui conviene distinguere i danni che debbono ad ogni modo essere *prevenuti*, da quelli i quali debbono essere *risarciti*. La prevenzione esclude assolutamente l'avvenimento; il risarcimento per lo contrario lo *suppone accaduto*. Niuno si potrà mai presumere volere un danno *abituale*, cui si può togliere con una buona costruzione. Quando adunque si stipula il risarcimento di danni, si parla solo di quelli che sono *transitorii*, e non possono essere guarentiti con una stabile e ben fatta costruzione. È vero che il patto di risarcimento suppone un danno *imputabile;* ma esso suppone nello stesso tempo un danno *transitorio*. Se si accorda il risarcimento, non si vuole accordare la facoltà di recar danno; ma si dichiara soltanto, che se per mala sorte avvenisse, posta la impotenza di prevenirlo, si vuole per lo meno averne un compenso.

§ 916. Pretendere per lo contrario di sostenere una costruzione viziosa col pagarne gli effetti, è lo stesso che voler *comprare la facoltà* di far male; locchè viene appunto proscritto dalla legge in modo, che non ne concede nemmeno l'occasione. Diffatti a che imporre come CONDIZIONE l' incolumità del fondo soggetto, nell'atto che si pretendesse che la violazione non possa essere redenta con una sempre litigiosa compensazione? Il preteso risarcimento non abbisogna che del ministero dei Tribunali, e non di un divieto espresso della causa, fatto dalle leggi.

§ 917. Per la qual cosa nel caso di danni inerenti alla viziosa costruzione dell'acquedotto fu saviamente giudicato non doversi *sopportare* la servitù accordata dallo Statuto; locchè ha luogo necessariamente anche nella servitù pattuita, per la ragione sopra allegata. Questo giudicato venne pronunziato dal Senato di Milano il giorno 28 Aprile 1570 in una causa fra i Certosini da una parte, e P. Simone Mantegazza dall'altra. Ciò viene riferito dal Carpani nel suo Commentario al Capo CCXLVII. del Libro II. degli Statuti di Milano, n.° 40. Ivi dice, che *cessat hoc beneficium*, cioè la servitù accordata, e che *cessare debet dispositio hujus Statuti. Ita censuit Senatus*, ec. Dalle quali cose conchiudo, che se il danno deriva dal vizio di una data costruzione, e dall' *indole propria* di questa costruzione, egli per ciò stesso forma parte delle opere vietate dalla legge, e quindi della servitù negata dalla legge medesima. Dunque

col danno derivante al fondo soggetto da un vizio imputabile, ed inerente alla costruzione dell'acquedotto, viene violata la *condizione* dominante tutto il contratto. Dunque in buon diritto si deve pronunziare la di lui dissoluzione. Ciò s' intende sempre allorchè il padrone del cavo *ricusi* di togliere la causa danneggiante; talchè questa conclusione procede solamente *dopo* il rifiuto del padrone medesimo, in vista del certo giudizio del difetto inerente all'opera sua.

Dunque la dissoluzione pronunciata non è una dissoluzione che operi *ipso jure*, ma solamente dopo la cognizione del fatto, ossia del difetto inerente al cavo medesimo. Pronunciata quindi la sentenza *di fatto*, sia arbitramentale, sia giudiziaria, il padrone del cavo può ancora deliberare s' egli persista a mantenerlo col difetto comprovato, oppure se si adatti ad una riforma. Nel primo caso l'opera deve essere tolta assolutamente; nel secondo poi deve essere riformata con tutte le precauzioni efficaci ad impedire il danno rilevato, e proveniente dalla cattiva costruzione della medesima.

§ 918. Le cose dette fin qui riguardano l' interesse del padrone del fondo *assoggettato*. Ma siccome nella condotta delle acque le leggi guarentiscono anche l' interesse del *dominante*, così conviene conoscere, in mancanza di espresse stipulazioni, quali sieno i diritti a lui competenti relativi alla costruzione dell'acquedotto. Prima di tutto si osservi che la costruzione essendo subordinata all'*uso pieno*, *utile* e *sicuro*, il dominante ha diritto a tutte quelle opere necessarie a procacciargli quest'uso *pieno*, *utile* e *sicuro*. Dunque assicurare il canale con ripe solide e coibenti, coprirlo se fa d'uopo, munirlo d' incastri a chiave, fare insomma tutto ciò ch' è necessario per agevolare il deflusso dell'acqua, e prevenirne le indebite sottrazioni, ecco in generale la somma dei diritti del dominante in fatto di costruzione dell'acquedotto. Più ancora: se, *fatta* l' opera, si trovi che la costruzione è NOCIVA all'uso, sia per la qualità inopinata del terreno che deve condurre e conservar l'acqua, sia per qualche errore del fabbricatore, sia per accidente impreveduto di natura, il padrone della condotta ha diritto di *variare* e riformare la sua costruzione giusta le *esigenze* dell'uso contemplato. Dunque l'effezione legale non deve considerarsi ristretta alla *prima materiale* costruzione, ma estesa a tutte le opere *necessarie* ad effettuare e conservare l'uso dell'acqua. In questo senso l'effezione abbraccia anche la *refezione*, e gli altri mezzi della *materiale conservazione* dell'acquedotto, ben diversa dalla legale conservazione del diritto. Per la qual cosa tutti i dettami che riguardano la *refezione* o la *conservazione materiale* sono accomunati all' *effezione*, e

viceversa. I filosofi dissero che la conservazione è una continua creazione; e così pure si può dire che la refezione e la conservazione materiale dell'acquedotto sono una *continua effezione.*

§ 919. E per convalidare tutte le parti di questo discorso coll'autorità delle leggi, si faccia attenzione ai seguenti casi. Ho detto in primo luogo, che il padrone dell'acquedotto ha diritto di *correggere* i difetti della sua prima costruzione, senza soffrire la taccia di praticare novità illegali. Nella legge 3. Dig. *De rivis*, § 1, Ulpiano fra gli altri contempla il caso di un conduttore d'acqua, il quale abbia fatto un canale (detto *cavo*) prevalendosi del naturale terreno che trovò; ma l'esperienza avendogli mostrato che *disperdeva* l'acqua, lo costruisce in mattoni, e lo copre di cemento atto a rattenere le filtrazioni. Credete voi che il padrone del fondo serviente, il quale approfittava delle acque sfuggite, possa gridare alla *novità* illegale? Bene al contrario: la legge pronunzia che il padrone della condotta può riformare la sua opera, e che sarà protetto dalla pubblica autorità.

« Servius et Labeo scribunt: si rivum qui ab initio terrenus fuerit, » qui aquam non continebat, cementitium velit facere, audiendum esse. » In generale poi la legge reprime ed anzi punisce tutte le opposizioni di fatto, che sotto il pretesto di novità si sogliono levare in contrario. « Nam » si operis aliquid faciat is quo MAGIS AQUAM CONSERVET VEL CONTINEAT, » non impune prohiberi » (Leg. *Servius* 3. Dig. *De rivis*). Badate bene alle due funzioni di *conservare* e di *rattenere.* Ciò riguarda l'incolumità contro qualsiasi attentato tanto dal canto delle cose, quanto dal canto degli uomini. Conservare la proprietà dell'acqua in modo che non venga dispersa da sè stessa, o sottratta da altri, ecco ciò che il giureconsulto ha qui espresso.

Noi abbiamo accennato il caso di convertire un canale di terra in cementizio. La legge stessa autorizza la conversione del cementizio in terreo, purchè il padrone lo trovi conveniente. « Sed etsi rivum qui » structilis fuerat, postea terrenum quis faciat, aut partem rivi, aeque » non esse prohibendum. » Ma è inutile moltiplicare gli esempii quando abbiamo la regola sanzionata.

§ 920. Ho detto in secondo luogo, che i dettami della *refezione* sono comuni all'*effezione*, e viceversa. Egli è perciò che lo stesso Ulpiano nella legge 1. Dig. *De rivis* disse: « Verbo reficiendi, tegere, substruere, » sarcire, aedificare, advehere, apportareque ea quae ad eam rem opus » sunt continentur. » A tutte queste funzioni il conduttore dell'acqua ha un irrefragabile diritto: dimodochè l'autorità giudiziaria in forza di legge

vi presta la sua assistenza. « Si quis eum adportare, advehereque ea quae » refectioni necessaria sunt prohibeat, hoc interdictum ei competere Ofi- » lius putat: quod verum est » dice lo stesso Ulpiano nella legge 3. § ult. Dig. *De rivis.*

§ 921. Una sola cosa debbo notare riguardo all'effezione del canale conduttore; ed è, che sotto il nome di *cessione del terreno* necessario per la condotta non s'intende quel solo spazio che viene occupato dall'ALVEO del canale, ma si deve comprendervi eziandio un tratto del terreno di qua e di là, onde poter passare e ripassare a canto del canale, e gettarvi gli spurghi necessarii per tenere sgombrato il corso delle acque. Dunque nella *effezione* dell'acquedotto devesi assegnare anche questo terreno proporzionale al passaggio e allo scarico degli spurghi suddetti. Anche qui noi abbiamo il suffragio della legge positiva. « Si » per tuum fundum jus mihi est aquam rivo ducere, tacite haec jura » sequuntur: ut reficere rivum mihi liceat; ut adire quam proxime pos- » sim ego, fabrique mei; item ut SPATIUM relinquat mihi dominus quo » dextra et sinistra ad rivum eam; et quo terram, limum, lapidem, are- » nam, calcem jacere possim » dice Pomponio nella legge *Refectionis* 11. Dig. *Commun. praed.*

§ 922. E siccome talvolta, sia colla cessione di un vecchio canale, sia per la facoltà riservata d'introdurre nuova acqua, sia per la qualità ceduta di cavo-sorgente, sia per altra utile mira, occorre di *alzare* o *abbassare* il canale, così la legge assicura questo diritto all'acquirente. « Sed et depressurum vel allevaturum rivum, per quem aquam jure du- » cis, potestatem habes; nisi ne id faceres cautum sit » dice la detta legge 11. Dig. *Commun. praed.*

§ 923. Qui non ci restringiamo se non alle prime vedute, che riguardano la costruzione del canale, avuto rispetto alla finale effezione della servitù. Possiamo per altro soggiungere, che avuto riguardo alla diversa specie della condotta stipulata, possono variare le opere e quindi i diritti del padrone dell'acquedotto medesimo. Così data l'ipotesi che sia stato ceduto un CAVO-SORGENTE, sia che venga ceduto tale, o che lo sia per semplice destinazione, ognuno vede che il padrone, in conseguenza di questa qualità, avrà altri speciali diritti di costruzione (e così dicasi di manutenzione) al di sopra del padrone di un cavo meramente *conduttore.* Diffatti nei cavo-sorgenti occorrono *bottini*, nè le rive possono essere munite in modo da impedire l'immissione dell'acqua che deve sgorgare dalle vene nell'asta del canale medesimo. Anzi ciò ripugnerebbe all'indole stessa del cavo-sorgente, e però il padrone del medesimo non

potrebbe senza ingiuria e senza violenza essere costretto alle opere di guarentigia adatte ai puri cavi-conduttori. Qui dunque le regole di Diritto variano necessariamente in forza della natura stessa dell'oggetto concordato.

§ 924. Per la qual cosa si deve tenere come massima generale, che i principii legali risguardanti la *costruzione* dell'acquedotto vengono regolati dalla *destinazione concordata* dell'acquedotto stipulato. In conseguenza di ciò le azioni subalterne di utili e di danni debbono essere dedotte dai rapporti necessarii di questa destinazione. Dunque le leggi ed i regolamenti, i quali si riferiscono ad un tal genere di acquedotto, non si possono con eguale ragione applicare all'altro, postochè vi sono qualità decisive, le quali escludono in un caso ciò che viene incluso nell'altro. Un esempio lo abbiamo appunto in questi *cavo-sorgenti*, nei quali certi lavori debbono essere necessariamente accordati, dovechè nei cavi semplicemente conduttori dovrebbero essere negati.

CAPO IX.

Dell'effezione d'una presa d'acqua in relazione alla di lei quantità. Prima ispezione sui contratti, nei quali fu ammessa la quantità assoluta.

§ 925. Fu detto che l'effezione della servitù di acquedotto è *subordinata* all'uso, e *destinata* all'uso del medesimo. Fin qui però abbiamo parlato della sola costruzione del *canale* DERIVATORE. Ma è troppo noto che la condotta dell'acqua come esige la *presa* della medesima, così esige anche la costruzione del *capo-effettivo* dell'acqua medesima. Che cosa sia questo capo-effettivo, e che cosa egli comprenda, e quindi quali sieno gli elementi che si debbono assumere per una buona ed effettiva costruzione, l'abbiamo già spiegato nella Sezione III. del Libro I. della seconda Parte. Ma qui è necessario d'avvertire, che la formazione del capo-effettivo dell'acqua è subalterna alla presa stessa dell'acqua. Volendo noi considerare i rapporti *legali*, dobbiamo limitare le nostre considerazioni a quegli aspetti i quali possono provocare una regola, in mancanza di *esplicite* o ben definite convenzioni.

§ 926. Per conoscere le massime legali risguardanti il capo-effettivo dell'acqua conviene riguardare l'opera tanto nei rapporti del dominante e del serviente, quanto nei rapporti del venditore e del compratore dell'acqua. E qui debbo preliminarmente notare, che *tre* persone distinte sogliono spesso avere interesse nella effezione del capo-effettivo dell'acqua. La prima è il *venditore* dell'acqua, che possiede il canale dispensa-

tore; la seconda il *compratore* dell'acqua, il quale diviene anche padrone del canale derivatore; la terza finalmente è il *padrone del fondo* assoggettato al transito dell'acqua, tutte le volte che il compratore dell'acqua non possegga il fondo pel quale si deve derivare l'acqua comprata. Ma se è vero che niun diritto si può acquistare senza l'assenso delle parti interessate (1), e se anche nella servitù obbligata si ha riguardo ai rispettivi diritti delle parti interessate; ne viene di necessità che converrà conoscere il concorso e il temperamento di queste tre parti, onde qualificare come legale la costruzione del capo dell'acqua.

§ 927. Incominciando dal considerare la cosa nei rapporti col *padrone del fondo assoggettato*, circa il *capo-effettivo* dell'acqua trovo la seguente sentenza di Pomponio, inserita nella legge 3. Dig. *De aqua quotid. et aestiva.* « Is qui aquae quotidianae jus habet, vel fistulam in rivo po» nere, vel aliud quodlibet facere potest, dummodo ne fundum domino » aut aquagium rivalibus deterius faciat. » — In questa legge qual è il principio dominante? Fare una costruzione *innocua* al vicino, al confinante, ed a qualunque altro interessato.

§ 928. Ora passo alle massime direttive, risguardanti l'effezione del capo dell'acqua nei rapporti tra il *venditore* ed il *compratore* dell'acqua. Allorchè fu stabilito il livello, l'impellente e la bocca; allorchè particolarmente fu stabilita la misura assoluta dell'acqua concessa; non possono cadere quistioni le quali esigano il ministero di una laboriosa giurisprudenza: ma quando mancano queste cose, allora tutta l'industria legale deve spiegarsi per conciliare gl'interessi e i diritti delle parti.

§ 929. Incominciamo dalla DISPENSA dell'acqua, in quanto deve essere effettuata giusta la *virtuale* intenzione dei contraenti, e secondo le regole di equità. Nell'effettuare la *presa* dell'acqua si tratta o di una corrente intiera, o di una rimanenza assoluta; o si tratta della prestazione soltanto di *una data parte* della medesima. Quanto ai primi due casi, non si possono in generale presentare quistioni *particolari*, le quali debbano essere sciolte con principii diversi dalle cessioni di qualunque proprietà. Ma quando si tratta della presa di una *determinata quantità* di acqua, possono sorgere quistioni assai perplesse in conseguenza di una mal pensata convenzione. Se l'esperienza del passato non c'istruisce con una folla di esempii (i quali pur troppo si rinnovano anche oggidì in tutti que' luoghi dove non si conosce il buon metodo della dispensa delle acque), non potrebbe sembrare verosimile che si dovessero presentare qui-

(1) Ved. Leg. 8. Dig. *De aqua et aquae pluviae arcend.* Leg. 4. Cod. *De servit. et aqua.*

stioni perplesse, e a prima fronte insolubili, in punto della presa di un'acqua. Ma sapendo noi le pratiche vecchiamente usate, e ancora vigenti in diversi paesi, di stipulare erogazioni senza riferirsi a misure assolute, siamo costretti ad arrestarci qui per segnare almeno in generale il *mezzo termine legale*, onde sciogliere le quistioni occorrenti. E per provare prima di tutto il fatto di queste mal pensate pratiche, giovami ricordare i §§ 3 e 4 della Sezione I. della Memoria del fu Cav. Vincenzo Brunacci, coronata dalla Società Italiana li 29 Novembre 1814 (1). Egli parlando dei metodi nei quali non si ha riguardo ai veri elementi della misurazione delle acque, li riduce a tre classi. Il primo è quello di tener conto del semplice modello, senza tener conto della *velocità* dell'acqua fluente; il secondo è quello di cedere tante *ruote di acqua*, senza riportarle ad una data misura assoluta, solida, o di capacità; il terzo è quello di riportarsi al *bisogno* di un dato campo d'una data estensione, senza avere riguardo al vario bisogno ed alla varia natura del terreno medesimo. Tutte queste pratiche, per sè viziose, non possono partorire fuorchè contratti egualmente vaghi, viziosi, sorgenti di liti spesso inestricabili, e quindi cagioni di disordini e di danni incalcolabili.

§ 930. In tutti questi casi qual è il *motivo* che partorisce la quistione? La MANCANZA della vera e naturale misura, per la quale si possa determinare l'oggetto rispettivamente alienato ed acquistato. Si noti bene la forza di questa osservazione. Qualunque contraente non può nè potrà mai colla semplice sua fantasia, anche comunicata e concordata con

(1) Escludo egualmente dall'esame quelle altre pratiche, nelle quali si vede che si è fatta qualche considerazione sulla quantità delle acque, ma che per mancanza delle più elementari cognizioni dell'Idraulica e della Meccanica non si è saputo determinarle.

Tali sono quelle, nelle quali non tenendosi conto della velocità con cui l'acqua sgorga da un'apertura, stabiliscono eguali quelle quantità di acqua ch' escono da luci eguali, per quanto da una l'acqua possa scappar più veloce che dall'altra, e che in generale le quantità di acqua sono proporzionali all'ampiezza delle luci (§ 3).

Tali sono quelle, nelle quali preso per unità della quantità di acqua quel tanto d'acqua ch' è necessario a mandare un mulino o girare una ruota, e chiamata questa unità *macina d'acqua, ruota d'acqua*, si dispensa la quantità d'acqua a macine o a ruote, e si vendono due, tre ec. macine o ruote di acqua, senza che sia mai stato stabilito con qualche sperimento quanta debba essere tale quantità di acqua a tal uso necessaria, e senza che siasi neppure parlato delle qualità del mulino che deve aver servito di misura, e del modo con cui in caso concreto si abbia ad estrarre due o tre macine ec. d'acqua.

Tali sono quelle, nelle quali presa per unità la quantità d'acqua necessaria per l'irrigazione d'un campo di certa ampiezza, si dispensa l'acqua a' campi; ma nulla si dice sulla qualità della coltura e del terreno del campo, e nulla del come in atto concreto si possano estrarre le diverse quantità d'acqua; e quindi l'arbitrio e la scaltrezza sono inseparabili da siffatte pratiche, erronee anche in sè medesime (§ 4).

altri, fare che ciò che per sè rimane indefinito e vago, riesca finito e fisso. Qualunque legislatore del mondo poi non può nè potrà mai in fatto di *misure* prestare altro ufficio, che quello imposto dalla natura e dalla verità fisica delle cose. Ciò che è impossibile all' Idrometria sarà pur sempre impossibile anche ai contraenti ed al legislatore. Ma se dall'altra parte l'interesse dei contraenti e di qualunque utente è necessariamente *dipendente* dalla quantità effettiva di un dato corpo d'acqua, ne viene la irrefragabile conseguenza, che prescindendo dalla vera pratica di misurare le acque, si violerà sempre o l'interesse del concedente, o l'interesse dell'acquirente. Ciò fu posto in evidenza dalle cose notate ai Capi XXV. e XXVI. del Libro I. di questa Parte II. Che cosa dunque rimane? Altro non rimane, fuorchè *riferirsi alle vere misure* possibili delle acque, onde pareggiare fra i privati l'utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà.

§ 931. Tutto ciò che viene praticato in onta di questo pareggiamento, viene praticato contro l'*intenzione* formale dei contraenti, e contro il *principio* fondamentale fermamente e perpetuamente sanzionato da tutte le eque legislazioni. Se dunque esiste una male espressa convenzione, essa deve ridursi a quel punto nel quale siano assicurati i pari interessi delle parti. Così la convenzione viene ridotta ed effettuata secondo la sua *intenzione*, e secondo il dettame della legge stessa che la protegge (1). Dunque qualunque pratica, per la quale si possa violare questo pareggiamento, devesi riguardare come una ommissione ricusata dalle stesse parti contraenti, attesochè appunto con una cattiva indicazione può essere violato l'interesse o dell'una o dell'altra parte; e viene così contravvenuto alla intenzione degli stessi contraenti. Se dunque la confusione si fosse lasciata sussistere anche per mille anni, si può e si deve anzi sempre toglierla di mezzo in forza del *titolo* stesso del contratto stabilito. È vero, o no, che *oggidì* voi agite in forza di questa convenzione? È vero, o no, che la volontà dei contraenti fu ed è di pareggiare la scambievole utilità? È vero, o no, che l'oggetto voluto era

---

(1) «I. In contrahendo, QUOD AGITUR pro „ cauto habendum est » dice la legge 3. Dig. *De reb. credit.*

«II. Ubi est verborum ambiguitas, valet quod acti est.» Leg. 21. Dig. *De reb. dubiis.*

Qui soggiunge il Pothier: «Idest ea in„ terpretatio sumenda est, quae quod actum „ gestumque est, aut actum gestumque fuisse „ verisimile sit, conservet. »

« III. In conventionibus contrahentium „ voluntatem potius quam verba spectari pla„ cuit.» Leg. 219. Dig. *De verborum significatione.*

«IV. In emptis enim venditis potius id quod actum, quam quod dictum sit, sequendum est.» Leg. 6. § 1. Dig. *De contrahenda emptione.*

ed è una *data quantità*, e non un'altra, di acqua? Se ciò è vero, e se dall'altra parte l'indicazione impiegata nel contratto non vi accerta effettivamente e praticamente dell'oggetto dedotto in contratto e attualmente goduto, egli è forza concludere o che il vostro contratto per mancanza di oggetto certo non è eseguibile, o che volendolo legalmente effettuare conviene necessariamente concretare la misura dell'acqua ceduta colle norme prescritte dalla natura stessa delle cose, ossia meglio coi metodi indispensabili della vera Idrometria.

§ 932. E perchè la cosa sia portata all'ultima evidenza, domando al lettore: È vero, o no, che se dentro un buco io getto dieci palle in un minuto primo, e queste sortano; e che dopo io ne getti cinque, e queste pure sortano entro lo stesso minuto primo; nel primo caso avrò un numero di palle *doppio* del secondo? Siano pure tutte le palle uguali; siano pure il foro e la canna identici. Ciò che deciderà della raccolta che altri ne fa, sarà la maggiore o minore celerità colla quale si succederanno le palle. Ora se Pietro ha interesse di raccogliere queste palle, se il bisogno di usarne lo ha determinato a comprarle; sarà sempre vero che nel secondo caso egli non avrà se non la metà di ciò ch'ebbe nel primo.

§ 933. Ora figuriamoci che per conoscere se Pietro abbia la sua giusta competenza sia assolutamente *necessario* ch'egli conosca la detta *successione* più o meno rapida. È vero, o no, che tolto il lume del tempo, ossia il dato della *velocità*, egli non avrà più il mezzo di conoscere la voluta e bisognevole competenza? Dunque potrà essere impunemente defraudato, senza potervi apporre rimedio alcuno.

§ 934. Tal è il caso di quadrettar l'acqua senza tener conto della *velocità* della corrente. Qual'è quella legge, qual è quel principio che possa ragionevolmente mantenere quest'assurda e balorda pratica? Dire tanti quadretti, non è dire una misura; come dire altezza e larghezza, non è dir corpo. Fingiamo dunque il caso che fosse stato stipulato un contratto di *tante ruote* d'acqua o di *tante ore* d'acqua mediante un determinato modello, o finalmente di tant'acqua per irrigare tante pertiche di terra in genere, e che un utente ovvero anche il concedente volesse assicurarsi della quantità fissa. Fingiamo di più, che domandi che venga ridotta a misura assoluta, quale fu adottata dai geometri. Promoverebbe forse costui una domanda illegale? Se si tratti solamente di determinare la quantità assoluta, e però che l'affare sia una *mera verificazione* di fatto, rispondo che questa domanda non può essere ricusata; anzi dico e sostengo questo essere il solo *mezzo* ed il solo *partito* onde effettuare e praticare il contratto della presa dell'acqua nella maniera

intesa dalle buone leggi e dalla stessa convenzione. La dimostrazione di questa proposizione risulta abbastanza dalle cose ora esposte (1). Dall'altra parte poi si può presentare il seguente argomento. Perchè la vendita sia *perfetta* si esige che l'oggetto dato a quantità finita sia *determinato* con una misura, per quanto è possibile, certa e determinata. Ma così è, che colla semplice cessione suddetta la misura possibile resta indeterminata. Dunque il contraente ha un pieno ed assoluto diritto, tanto in forza di legge, quanto in forza di convenzione, di tradurre le quantità suddette nella più vera e più sicura misura idrometrica.

Dico in primo luogo *in forza di legge*. Gajo lasciò scritto nella legge 35. Dig. *De contrahenda emptione* la seguente regola: « In iis quae » *pondere*, *numero*, *mensurave constant*, modo ea servantur quae in » caeteris, ut simul atque de praetio convenerit videatur perfecta vendi- » tio: modo ut etiam si de praetio convenerit, *non tamen aliter* videa- » tur perfecta venditio, QUAM SI ADMENSA, adpensa, adnumeratave sint.... » Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant cum adnume- » rata, admensa, adpensave sint: quia venditio quasi sub hac conditione » videtur fieri. »

§ 935. In forza di questa legge ognuno vede che quando una cosa è ceduta a quantità determinata, la riduzione a misura concreta e certa viene considerata come *condizione* insita al contratto medesimo, e dalla quale può ripetere la sua legale effezione. Se dunque il contratto stabilito involge essenzialmente l'azione a ridurlo ad effetto, ne viene la necessaria conseguenza, essere d'essenza dello stesso contratto attribuire l'azione di ridurre a misura certa il corpo dell'acqua venduto a quantità finita. Dunque il petente di questa misura, sia pure il venditore, sia il compratore, deve essere ascoltato; dimodochè, in caso di discordia, si fa luogo all'intervento dell'autorità giudiziaria, ed al ministero conseguente dei periti dell'arte.

§ 936. Qui taluno potrebbe temere che il contratto possa essere *ritrattato* appunto per mancanza d'indicazione della misura precisa inse-

(1) Simile a questa quistione può sembrare a taluno quella agitata dal Pecchio, la quale da avidi dispensatori si suole spesso eccitare. Essi, per guadagnare su molti, sogliono accordare dispense oltre le forze della loro acqua. Quindi pressati dai concorrenti, pensano di molestare i concessionarii antecedenti, sotto il pretesto che sebbene non siano state alterate le bocche di erogazione, ciò non ostante per non essere state costrutte a perfezione attirano assai più acqua di quel che dovrebbero; quindi domandano riforme (Pecchio, Lib. IV. Quest. 5.). Ma tale quistione è del tutto diversa sì per l'*oggetto*, che per il *fine*. Per l'*oggetto*, perchè non si tratta della massima della misura; per il *fine*, perchè non si tratta semplicemente di *verificare*, come io sostengo, ma di *sottrarre* all'uso.

rita nel testo dell'atto. Ma questo timore cessa in vista delle altre disposizioni della legge romana, la quale per tale oggetto non dà luogo a pentimento, ma solamente all'esecuzione della misura per far concretare la quantità venduta (1). La stessa ragione naturale canonizza la sussistenza del contratto, ed esclude la ritrattazione. Imperocchè la cosa, il consenso ed il prezzo si verificarono, e si verificarono con un' idea comune concordata. La misurazione non è che l'effezione di quanto fu inteso. Nasce discordia? L'arbitro o il giudice decidono. Ma la decisione cade non sulla *costituzione originaria* del contratto, ma solamente sulla di lui *esecuzione*. Così nel caso nostro è certo che le parti convennero in tante ruote d' acqua, cioè in una corrente capace a fare andare una ruota da mulino. So che la misura può essere varia non solo in ragione della massa della pietra macinatoria e della resistenza dei congegni, ma eziandio in ragione della maggiore o minore caduta della corrente; ma so del pari che i contraenti riportandosi nei loro concetti agli usi ricevuti, e in questa varietà non eccedendosi certi limiti, ne viene che i periti dell'arte potranno ricorrere ad un *adequato*, e tradurre ciò ch' era relativo e indeterminato a misura assoluta e determinata. Ogni giudice sanzionerà certamente questo partito (2).

§ 937. I principii dei quali abbiamo fatto uso per far determinare la misura idrometrica di un' acqua, la quale non fosse stata consegnata dapprima col dovuto esperimento, ci dettano anche le regole di *far riformare* al dispensatore il suo canale in modo che non venga *scemata* agli utenti la loro competenza. Può avvenire, come diffatti è avvenuto, che mediante una cattiva costruzione la testa del canale dispensatore col tratto successivo del tempo soffra *rigurgito*, e che quindi si scemi la erogazione di molti, o per alcuni sia perduta. In questo caso da una parte il dispensatore esigerebbe o riterrebbe indebitamente il prezzo di un'acqua che l'utente non ha; e dall'altra parte, in forza del contratto, gli utenti hanno azione a costringere il dispensatore a togliere il rigurgito

(1) « De caetero conditionalis venditio, et „ ea qua res veneunt fungibiles, licet perfe„cta non sit nisi cum conditio extiterit; aut „ tales res venditae appensae fuerint, vel *ad„mensae*, vel adnumeratae; medio tamen „ tempore poenitentiae locus non est. » Leg. *Si in empt.* 34. § *Alia causa* 5. Dig. *De contrahenda emptione*. Arg. leg. *Necessario* 8. Dig. *De peric. et comm. rei venditae*. Tiraquellus *De retractu gentilitio*, § 1. Gloss. 2. n.° 27. Voet *ad Pandectas*, Lib. XVIII. tit. 1. n.° 24.

(2) « Semper in stipulationibus et in cae„teris contractibus id sequimur, quod actum „ est. Si hoc non appareat, erit consequens „ quod sequamur quod in regione in qua „ actum est frequentatur. Quod si neque mos „ regionis apparuit, QUIA VARIUS FUIT, ad id „ quod minimum est redigenda summa est » dice Ulpiano nella leg. 34. Dig. *De reb. dub.*

e far riformare l'opera, e ad essere indennizzati di tutti i danni sofferti, malgrado che il dispensatore provi di non aver fatto mancare l'acqua *maliziosamente*. Qui la mancanza non deriva da *forza maggiore*, ma dal fatto stesso, comunque non malizioso, del dispensatore. Avvertito del difetto, egli è costituito in mala fede; e se no'l corregge, è responsabile di tutti i danni ed interessi verso gli utenti.

CAPO X.

Quid juris *circa una presa d'acqua effettivamente consegnata senza misura assoluta, alla quale si aggiungano acque avventizie.*

§ 938. Tu mi provasti il diritto di far ridurre l'acqua alla misura idrometrica, perchè senza di essa non esiste veramente alcuna misura reale. Colle leggi poi mi provasti, le parti prima della consegna avere il diritto di far eseguire questa misura. Ma supponiamo il caso che senza tradurre a misura assoluta la concessione di una ruota d'acqua, il concessionario avesse *ricevuta* una data quantità non verificata di acqua, supponendo di ricevere la pattuita competenza. Fingiamo pure che il concedente acconsentendo, ed anzi consegnando questa quantità, abbia supposto di adempiere il contratto. Avviene il caso che l'acqua nel canale dispensatore *si aumenta*, sia per fatto di natura, sia per fatto dell'uomo. Ricevuto quest'aumento, il padrone del canale dispensatore si pone in capo di sottrarne una data quantità al concessionario, senza però che prima del figurato aumento alcuno siasi data la pena di far tradurre in misura assoluta la pretesa ruota d'acqua prima alienata, ed effettivamente posseduta dall'acquirente. Si domanda qual sia il partito legale che si può prendere in questo caso. Direte voi forse che nel caso ora figurato si possa far agire la disposizione della legge testè citata? Egli pare di no. Imperciocchè in detta legge si suppone che la misurazione per determinare la vera quantità debba *precedere* la *consegna* della cosa venduta. Ma qui tale consegna si suppone fatta senza verificazione di misura alcuna, e soltanto in forza d'una *fantastica* estimazione placitata dalle parti. Sta dunque il fatto, che il compratore ha ricevuto, ed il venditore ha consegnato l'acqua TALE COME STA; senza che consti altro, se non che le parti hanno creduto bene di far così, ed hanno continuato così. Come dunque potremo noi applicare la legge suddetta, o qualunque altra simile, a questi casi reali?

§ 939. Qui io rispondo, prima di tutto doversi distinguere le quistioni emergenti da questo caso, e determinare ciò ch'è di ragione, stantechè

qui sono cumulati due casi. Il primo, che l'acqua sia stata *consegnata* a ruote, a canali, o secondo un dato bisogno, senza far precedere la misurazione ad once, computando la velocità. Il secondo caso poi è, che ad un'acqua consegnata senza la detta misura sia stata *aggiunta* dappoi altra acqua. Due parti adunque deve avere la discussione, e due debbono essere le regole legali che ne emergono. In secondo luogo poi fo preliminarmente osservare, che si tratta di determinare ciò ch'è di ragione (*quid juris*), prescindendo dall'indagare se si possa o non si possa tassativamente applicare la detta legge, o qualunque altro principio legale. Posto questo assunto, conviene prima di tutto ordinare le ispezioni che sorgono in tale affare.

I. Si domanda se il dispensatore dell'acqua possa *dopo* la consegna suddetta pretendere più di verificare la misura adequata alla stipulata; e trovandola *eccedente*, pretendere la *detrazione* del di più, o almeno il diritto di disporre liberamente di questo di più.

II. Se, posta l'inviolabilità dell'acqua realmente consegnata, ricevuta e posseduta, il dispensatore possa pretendere di *detrarre* l'acqua, sia naturalmente, sia artificialmente, *aggiunta dopo*, ritenuto in fatto che non sia stato verificato quanta fosse prima l'acqua inviolabile.

§ 940. Cominciamo ad esaminare la prima ispezione. Il supposto di fatto qui imaginato qual è? Che dopo che le parti convennero sulla compera e vendita, per esempio, di sei ruote d'acqua disponibili di un dato canale, al compratore fu conceduto il possesso e l'uso di tutta l'acqua, senza prendere la precauzione di *far misurare* quanto fosse il residuo. Ma quest'acqua, di cui *s'impossessò* il compratore, qualunque fosse la sua misura reale, formava sempre l'OGGETTO REALE consegnato, e rispettivamente accettato dagli acquirenti. Qui non si poteva disputare qual fosse la sua reale quantità, e se fosse o no conforme alla quantità contemplata nel contratto. Essa fu riputata da ambe le parti essere la cosa reale venduta e comprata, e però su questo particolare non si può più opporre quistione nè da una parte, nè dall'altra. Io convenni con te, può dire l'acquirente, di accordarmi sei ruote d'acqua, le quali dicesti essere *tutto il residuo* disponibile del canale *urbano*. Tu mi concedesti tutta l'acqua, che dopo gli usi indicatimi, fatti con modelli misurati, decorre o decorreva sotto quel dato tempo in quel dato canale. Tu mi concedesti che io facessi una data bocca, e che derivassi tutta quest'acqua. Tu fosti contento, come io lo fui. Per questa maniera da ambe le parti fu fatto uno stabilimento concorde posteriore alla stipulata convenzione, e però vale la regola legale, che questa concorde operazione si debba mante-

nere come legge acconsentita da ambe le parti. Pertanto qualunque sia questa quantità, nè io nè tu abbiamo nulla a reclamare. Dici tu che l'acqua toccatami fosse *eccessiva* per te? Io dico che poteva essere ugualmente difettiva per me. Ma qui non si tratta del *possibile*, bensì del *fatto reale*. Sul DATO CORPO di acqua, fosse pure o eccessivo o difettivo, noi ci accordammo. Tu mi concedesti, ed io acquistai il possesso, e continuai nel godimento di questo corpo, qualunque si fosse. Dunque questo corpo, qualunque ne sia la reale misura, forma per te un oggetto inviolabile, e per conseguenza tu non me ne puoi sottrarre giustamente nemmeno una stilla. Invano tu ricorreresti alla *lettera* della originaria convenzione; invano tu provocheresti un *adequato approssimativo*, pel quale fissare in che consista una ruota d'acqua riportata alla misura assoluta. Io non contraddico a questa misurazione per la massima, ma per il fine. Io non mi oppongo che tu la esiga come mera *verificazione* di fatto e come misura conservatoria, ma mi oppongo alla *detrazione conseguente* che tu intendi fare. Distinguiamo dunque e spieghiamoci. O tu pretendi la verificazione dell'acqua ch'io posseggo, senza pretendere di togliermi nulla; o tu la pretendi, per togliermi quella quantità che eccedesse quella ch'è specificata nella scrittura di contratto. Nel primo caso non mi oppongo alla tua domanda, ma vi aderisco volentieri; avvegnachè sì tu che io abbiamo diritto di sapere certamente ciò che possediamo, sì per prevenire le usurpazioni, e sì per avere una norma di contributo nella conservazione dell'acquedotto. Nel secondo caso poi virilmente mi oppongo, o a dir meglio mi oppongo alla pretesa detrazione, come sovversiva de' miei diritti quesiti di mutuo consenso. Chi diffatti mi consegnò l'acqua senza misura, fuorchè tu? Chi annuì al possesso da me preso ed esercitato, fuorchè tu? Tu domandi la misura, per non darmi che TANTO. Tutto questo tu potevi farlo PRIMA della consegna, e prima che io acquistassi un ACCONSENTITO possesso, sanzionato, se vuoi, anche dal lasso del tempo. Tu coll'accordarmi, ed io col contentarmi della consegna del dato corpo di acqua, abbiamo, se tu vuoi, praticata una *novazione;* ma l'abbiamo praticata in una maniera legale, perchè perfettamente consensuale da ambe le parti (1). Ignori tu forse che le

(1) Chiunque non ignora l'*ultimo* stato del Diritto comune, sa che una *novazione* non solamente veniva prodotta con una maniera *espressa* e *diretta,* ma eziandio con maniere *implicite* e *indirette*. Più ancora: veniva prodotta col fatto, e in conseguenza dell'*incompatibilità* del fatto posteriormente placitato e non equivoco, col fatto contemplato nella convenzione anteriore. Veggasi su ciò la concorde testimonianza dei giureconsulti presso il Voet *ad Pandectas,* Lib. XLVI. tit. 2. n.° 3 in fine.

convenzioni si fanno tanto colle parole, quanto coi *fatti?* Che importa a me che la lettera dell'originaria convenzione si serva di una indicazione determinata, se posteriormente ci è piaciuto praticare concordemente un fatto che per avventura non concorda colla lettera della scrittura originaria? Questo secondo stabilimento cessa forse d'aver forza di vero e reale contratto, e di partorire per me un irrevocabile diritto quesito contro di te? Certo è il corpo dell'acqua, di cui presi possesso (1). Qualunque ne sia la quantità, tu, volendola scemare, tenti di sottrarre una parte dell'oggetto *realmente alienato*, e da me accettato e goduto. Se dunque dee valere l'ultimo stabilimento di fatto come unica legge regolatrice delle scambievoli nostre ragioni, tu non puoi, senza spoglio, detrar nulla dell'acqua, della quale mi concedesti il possesso, secondo lo stato delle cose passate fra noi. Questo stato a che si riduce egli? Alla *cessione* dell'acqua *residua* del canale urbano, qualunque ella si fosse. Ecco il vero stato della cosa. È più che evidente che con questa cessione si esclude qualunque particolare limitazione. Tutta l'acqua residua, e non più sei ruote, fummi effettivamente, liberamente e formalmente ceduta da te. Dunque tu non puoi più invocare la lettera dell'istromento per sottrarmi parte alcuna dell'acqua da me posseduta. Questa lettera fu effettivamente in questo punto di comune consenso abrogata.

§ 941. Per la qual cosa comincio dal concludere, che non si deve aver riguardo alla lettera della scrittura, ma al fatto concordato effettivamente fra noi; e però il corpo effettivo accordato da una parte, e posseduto dall'altra, forma l'unico oggetto legalmente attendibile. Dunque se fu ceduto con effetto un dato corpo d'acqua in conseguenza di un dato contratto, ed ambe le parti non reclamarono la previa loro misura assoluta, il fatto della cessione si deve riguardare come *irrevocabile*, e come costituente l'unica legge convenzionale fra i contraenti, senza autorizzare indagini *retroattive*, desunte dalla misura indicata dall'istromento originario. Lo *statu quo* del possesso accordato, accettato e continuato senza reclami, forma l'unico criterio e l'unico punto d'appoggio nel caso presente.

§ 942. Dalle quali cose risulta, che conviene distinguere il diritto di far *misurare* dal diritto di *detrarre* dal corpo misurato una data quantità, o anche di fare *aggiungere* alla medesima. Fatto il contratto, e prima della consegna, le parti contraenti hanno diritto di far l'uno e l'altro. Dopo la consegna fatta senza misura, e senza una *speciale riserva* di de-

(1) « Incertam partem rei *possidere* nemo potest. » Leg. 32. Dig. *De usucap.*

trarre o di far compiere, accompagnata dall'uso e da un possesso non reclamato, le parti possono bensì aver diritto di *verificare* lo stato del possesso, ma non hanno più azione nè a compimento, nè a detrazione.

§ 943. Figurandosi in generale un aumento sopravvenuto a quel corpo qualunque d'acqua così posseduto, può forse il padrone del canale dispensatore pretenderne la separazione.? Con ciò passiamo alla seconda ispezione. Prima però di darne i risultati si tenga sempre fermo che lo stato di fatto dell'acqua posseduta, e derivante non dalla lettera del primo contratto, ma dal fatto praticato d'accordo, forma una base invariabile; e però tutta l'acqua residua del canale urbano è *inviolabile*.

§ 944. Ora passando alla seconda ispezione, qual è il *fatto* in essa imaginato? Si suppone che l'acqua del canale urbano sia stata posteriormente *aumentata*, sia dalla natura, sia dal fatto del padrone del canale, senza però far prima misurare l'acqua inviolabile suddetta, e però senza protestar nulla al compratore dell'acqua residua del canale urbano. In questa specie di fatto che cosa si deve pronunciare?

§ 945. A questa quistione o si vuole rispondere in via puramente speculativa e filosofica, o si vuole rispondere in via legale e pratica. In via speculativa si può figurare avere avuto in origine (il padrone del canale) il diritto di disporre dell'acqua aggiunta a quella che dapprima fu consegnata, stantechè questa non entrò per nulla nè nel contratto originario, nè nel contratto posteriore che si può figurare eseguito col fatto. Ma questa risposta riducesi ad una oziosa speculazione fino a tanto che non si faccia constare della misura assoluta di quest'acqua aggiunta, e che colla misura o procurata o acconsentita o non contraddetta fu salvo il diritto del padrone del canale urbano. È di fatto che quest'acqua aggiunta o fu prodotta dalla natura, o procurata dall'arte, e propriamente dall'arte del padrone del canale dispensatore. Sì nell'uno che nell'altro caso il padrone che aveva interesse o permise senza contraddizione che l'acquirente ne usasse, o no. Se lo permise, dunque abbiamo nell'acquirente un titolo valido di possesso e di dominio del rimanente dell'acqua, in forza del quale egli non può essere spogliato di quest'aumento.

§ 946. Qui si uniscono due titoli: il primo, della *mistura* o fatta o permessa dal padrone superiore del canale urbano, accompagnata dalla accettazione del padrone dell'acqua residua; il secondo, della concessione accordata col *fatto diuturno* dell'aumento dell'acqua, qualunque fosse l'utente con titolo, e benchè non fosse un compadrone o comproprietario dell'acqua. Quanto al diritto derivante dalla mistura dell'acqua vecchia colla nuova, la legge dichiara quanto segue: « Voluntas duorum

» dominorum miscentium materias *commune* totum corpus efficit. Sed » et si *casu* confusae sint, idem juris est (1). » Qui si esprimono appunto amendue i casi della mescolanza, sia procurata, sia causale. Da ciò nasce la regola: « In quibus propria qualitas spectaretur, si quid additum » erit, toto cedit (2). »

§ 947. Io so che queste regole non quadrano appuntino che nella mistura già fatta. Ma in quelle che si fanno ad ogni momento si può andare al capo dell'acqua, e determinarne l'aumento. Ma in legge sarà sempre vero che al passato non si potrà più rimediare. Che cosa si dovrà dire del futuro? Io dico che pel futuro debbono aver luogo tutte le teorie del possesso, ampiamente esposte nel Libro antecedente. Passò forse il tempo congruo per far presumere che il padrone dell'acqua aumentata abbia acconsentito che venga fatta propria dei compadroni inferiori? Allora il diritto di questi è irrevocabilmente quesito. Nè qui ha luogo il deflusso facoltativo, perocchè si tratta di un'acqua principale di dominio comune, la quale per consenso venne aumentata dal superiore. Il corpo principale qui non passa all' inferiore facoltativamente, ma bensì per ragione di proprietà acquistata. Qui si tratta di pura accessione placitata, se si vuole, col tacito consenso del padrone del canale urbano; e però l' inferiore ritiene l'aumento con pieno diritto.

D'altronde poi, se fa bisogno, viene in soccorso la *inveterata consuetudine*, la quale dispensa da qualunque indagine. « Si manifeste doceri » possit jus aquae ex vetere more atque observatione per certa loca pro» fluentis utilitatem certis fundis irrigandi causa exhibere, procurator no» ster ne quid contra veterem forman atque solemnem morem innove» tur providebit » dicono gl' Imperatori nella legge 7. Cod. *De serv. et aqua*. Ciò è conforme anche alla legge seconda, citata nel Libro antecedente, in fatto di prescrizione.

§ 948. Se è vero essere ufficio di un provvido Governo il riformare tutte le cattive consuetudini introdotte dall' ignoranza dei passati secoli, dalle quali si apre il varco alle frodi, alle usurpazioni ed alle liti; se è vero essere egli in dovere di difendere e proteggere i diritti, e di assicurare i mezzi di farli valere; io non dubito che verrà riconosciuta la necessità di far ridurre a *misura assoluta* le vecchie concessioni di acqua stabilite diversamente, e di proibire che in futuro se ne accordino delle consimili, sotto pena di *nullità* del contratto. Le basi idrometriche sono già canonizzate; altro non rimane fuorchè la legge esecutiva.

---

(1) Leg. 24. Dig. *De adquir. rer. domin.* — (2) Leg. 26. § 1. Dig. *De adquir. rer. domin.*

CAPO XI.

Continuazione della discussione. Vero punto di vista della questione.

§ 949. La soluzione della seconda ispezione proposta, di cui ci occupammo fin qui, quale *supposto legale* realmente involge? Essa involge il supposto, che il padrone del canale dispensatore *ritenga* un *separato* diritto sull'acqua avventizia, malgrado ch' egli abbia ceduto il corpo dell'acqua come stava, senza curarsi della quantità stipulata nel contratto. Ma esaminando bene i rapporti legali della cosa, si può forse ammettere il detto legale supposto, sul quale si aggirò tutta l'antecedente discussione? Veggiamolo.

§ 950. Ditemi di grazia, se nel contratto fosse stato detto: Io cedo a te *tutta* l' acqua *residua* del canale urbano, vale a dire *tutta quella che avanzerà* dopo l'uso degli acquirenti A. B. C; quale diritto avrebbe acquistato il compratore di quest' acqua residua? È vero, o no, che *tutti gli accrescimenti* avventizii fatti all'acqua del canale sarebbero stati necessariamente compresi nell' acqua residua comprata, talchè il compratore avrebbe a buon diritto acquistato il dominio anche sulle acque avventizie; come pure per lo contrario sarebbe stato esposto al danno non imputabile della diminuzione? Ciò è per sè certo ed irrefragabile, secondo tutte le regole del Diritto ricevuto.

§ 951. Ma in questa ipotesi il padrone del canale urbano non avrebbe avuto certamente diritto di separare queste acque avventizie, e nemmeno di pretendere la facoltà di disporne, come di cosa sopraggiunta dopo il contratto. *Tutta l'acqua* residua del canale, quale può esistere, fu ceduta, e però comprende necessariamente anche l'alienazione dell' acqua avventizia successiva. Se diffatti l' acqua ceduta per un caso incolpabile al venditore venisse a mancare, sarebbe egli forse tenuto ad indennizzare il compratore per questo caso incolpabile? È certo che no; e ciò consta dalle cose dimostrate di sopra. Per eguale ragione adunque, se per un *fatto naturale* quest'acqua si aumenta, essa deve andare a profitto anche dei compratori del residuo come sopra ceduto, senza che il venditore possa pretendere veruna detrazione.

§ 952. Ciò posto, io dico che il caso della vendita del canale urbano, fatta a tante ruote d'acqua senza la previa misura, si risolve esattamente nel contratto di semplice cessione dell'acqua residua, qualunque ne sia la quantità, senza che la limitazione del contratto precedente divenga più operativa. Questa proposizione fu provata fermamente e luminosamente

nel Capo antecedente, nel quale, tutto esaminato, si trova che colla ommissione della precedente misura fu praticata una specie d'*innovazione*, in forza della quale venne cassata la quantità tassativa, e ridotto il contratto alla forma semplice ed assoluta di cui qui parliamo.

§ 953. Per la qual cosa, prendendo in considerazione il vero stato legale di questo affare, troviamo che fino dal principio essendosi operata questa novazione, si preclude l'adito ad ogni pretesa del venditore sulle acque avventizie; e per lo contrario si deve pronunciare, le medesime essere divenute di comune ragione nei compratori del residuo assoluto, come sopra contemplato. Ciò che fu detto pertanto nel Capo antecedente, si deve considerare come esposto in via *sussidiaria*, vale a dire solamente nel caso che nel venditore si potesse figurare un diritto *riserbato* sulle acque avventizie. Allora soltanto vengono in campo i principii sussidiarii di Diritto, tratti dal tacito consenso manifestato ed avvalorato col diuturno possesso dei compratori, i quali essendo indubitatamente compadroni dell'acqua comprata, col sussidio del tempo acquistano almeno un diritto incommutabile a queste acque avventizie.

§ 954. Nell'esporre la dottrina teorica io non posso attenermi fuorchè a questi cenni generali e fondamentali, i quali per altro possono ricevere mille modificazioni nei casi pratici e concreti. Sarà dunque mia cura, allorchè tratteremo di questi casi pratici, esporne qualcuno di reale, onde porre in maggiore evidenza siffatte specie di metamorfosi legali, le quali sogliono accadere, quasi all'insaputa stessa dei contraenti, in materia di dispensa delle acque. Allora tratteremo anche della cessione di tante ore d'acqua per una data bocca, senza che ne sia stata tassata la quantità assoluta. Allora tratteremo pure della cessione di tanta acqua per irrigare tanto terreno, o per porre sotto acqua una risaja, senza concretare la quantità assoluta. Ciò solo che qui possiamo dire di questi due casi si è, le parti contraenti avere diritto di far ridurre a misura assoluta l'acqua ceduta e ricevuta senza controversia, e secondo l'ultimo stato del rispettivo possesso, senza che l'alienante possa pretendere sottrazione, o l'acquirente possa pretendere aumento. Io eccettuo il caso di turbazione o di spoglio di possesso, poichè questo è un caso puramente accidentale, al quale si deve sempre rimediare.

§ 955. La questione in cui si tratta di sapere se una presa d'acqua venduta senza usare delle tre dimensioni si possa in qualunque tempo rendere certa idrometricamente, è una questione che riducesi propriamente all'*effezione* della servitù. Perocchè senza tale misura non si possono conoscere i limiti nè di quello che fu conceduto, nè di quello che

fu acquistato. Sotto altro aspetto è questione di conservazione dell'oggetto dell'acquedotto. Sotto questo aspetto il diritto di far ridurre a misura legale l'acqua dura fino a che dura il diritto dell'uso. La ritrosia a far ciò non può derivare che o da ignoranza, o da mala volontà di usurpare indebitamente l'altrui. Ma le coperte per rubare non vengono tollerate dalle savie leggi, ma tolte di mezzo.

CAPO XII.

Condizioni legali delle bocche di erogazione. Quando si debbano effettuare. Della loro riforma.

§ 956. Che cosa pretende un concedente, e che cosa pure pretende l'acquirente d'una presa di un'acqua? L'uno di non dare più del dovere, e l'altro di ricevere ciò che gli è dovuto. Questa chiamasi COMPETENZA *dell' erogazione.* Ma la *consegna* si fa con un deflusso continuo, sia perpetuo, sia temporaneo. Dunque ambe le parti hanno diritto di stabilire un *modo*, col quale poter essere certe, ossia far constare di dare e di ricevere la detta competenza. Questo modo consiste appunto nella *bocca di erogazione.* Dunque quale dovrà dirsi BOCCA LEGALE DI EROGAZIONE? *Quella per la quale si fa constare venire somministrata la giusta competenza, senza nuocere a terzi.*

Ma come deve essere costrutta, onde compiere questo uffizio? Essa dev' essere costrutta colle regole *riconosciute* ed *approvate* tanto dal privato consenso, quanto dalla pubblica autorità. Queste regole furono già accennate nei Capi XXV. XXVI. XXVII. del Libro I. di questa seconda Parte.

§ 957. Qual è il *tempo* proprio per piantare le *bocche di erogazione?* Io non parlo del caso d'una semplice divisione di acque, ma bensì d'una erogazione *tassata* a tante *oncie* solamente. Questo tempo è quello nel quale il corso del canale o fiume dispensatore considerasi il più CERTO a soddisfare ai bisogni dell'erogazione, o, a dir meglio, al fine pel quale l'erogazione fu concordata. Voi mi domanderete quando, generalmente parlando, questo tempo si verifichi. Ulpiano vi risponde per me, che questo tempo *certo* si verifica nella stagione estiva (la quale, come si è veduto, si estende dall'equinozio di primavera a quello di autunno). La ragione si è: « Quia semper certior est naturalis fluminum cursus aestate, » potius quam hyeme. » Leg. 1. § *Is autem* 8. Dig. *Ne quid in fluminibus publicis.*

§ 958. La costruzione delle bocche viene fatta per dare ad ognuno la sua competenza. Qui si figura una competenza perpetua. Dunque conviene cogliere quel tempo e quel livello della corrente, coi quali si possa assicurare alla meglio l'adempimento di questo dovere. Tal'è la stagione estiva. Tal'è pure la pratica vigente, nella quale si scelgono i mesi di Maggio e Giugno per la misura media delle acque, onde fissare il punto normale di erogazione.

§ 959. La denominazione *bocca legale di erogazione* è forse propria di un *dato* modello e di una data specie di costruzione? No; ma è denominazione *generica*, la quale comprende tutti quei modelli e tutte quelle costruzioni che possono *certificare* venire somministrata la giusta competenza. Questa varietà è tanto imperiosa ed irrefragabile, quanto imperiosa ed irrefragabile è la diversa elevazione dei piani terrestri, e quanto sono irreformabili le leggi naturali delle acque correnti.

§ 960. Dunque che cosa dovremo dire dell'adottata denominazione di *bocca magistrale* attribuita alle bocche di erogazione stabilite sui navigli milanesi? Se sotto questa denominazione s'intende dinotare le *bocche* vecchiamente usate dalla Camera ducale nella dispensa dell'acqua dei navigli, non indichiamo altro che una qualità di *puro fatto;* e chiamiamo *magistrale* la bocca, come chiamiamo *magistrale* la scranna sulla quale siede il magistrato. Ma se coll'epiteto *magistrale* intendiamo dinotare una qualità *normale* (che i Greci direbbero *canonica*), vale a dire che serva come di esempio, e si pretenda erigerla in misura *autentica*, sulla quale si debba far riposare la fede e l'esecuzione dei diversi contratti e le decisioni giudiziali; rispondo in primo luogo, che io non conosco veruna legge, la quale abbia elevate tali bocche a questo grado di dignità, come ha fatto delle monete, dei pesi e delle altre misure, le quali per questa sanzione sono divenute *autentiche*, e come autentiche sono anche decisive nei giudizii. Saviamente i legislatori si astennero dal sanzionare espressamente cotali bocche; e quindi esse altro non godono, fuorchè un credito di opinione, sul quale è sempre libero alle parti di contrarre a loro piacimento.

§ 961. In secondo luogo poi rispondo, che anche nell'ipotesi che alle bocche magistrali si volesse attribuire una pretesa *autenticità*, ciò non ostante dovremo sempre dire che la loro applicazione non è che puramente *locale* e *specialissima*, nè comparabile al boccale bollato. Tutte le altre bocche adatte ad altre località sono egualmente legali, talchè propriamente a niuna specie si può appropriare la qualità assoluta di *magistrale*. La prova sta tanto nella ragione, quanto in un'autorità su-

periore ad ogni eccezione. Primo nella ragione. Ditemi diffatti: credete voi che i piani di tutto il mondo debbano tutti essere fatti come i piani ai quali viene tramandata l'acqua dei vostri navigli? No, mi rispondete. Or bene: credete voi che dovendo condur l'acqua ad un piano, il quale pel suo livello farebbe rigurgitar l'acqua nel vostro modello, non sia necessario diminuire l'altezza della luce, ed aumentare la larghezza? Se non ignorate i primi elementi dell'architettura delle acque, dovete concedermelo. Ma se è così, a che vale qui la vostra pretesa bocca magistrale? Essa non vale niente; e invece deve valere un'altra bocca, la quale qui fa il suo ufficio, come la vostra magistrale lo fa sui vostri navigli. Dunque tanto l'una quanto l'altra sono egualmente legali; ossia meglio, nè l'una nè l'altra meritano il nome di *magistrale* in senso di far legge generale, perocchè il loro uffizio è puramente relativo, locale, e circoscritto ad una data condizione di piani.

§ 962. Considerando poi la cosa in linea di giurisprudenza, ognuno sente che a niuna forma di bocca essendo stato dalle leggi attribuito il carattere di *autenticità*, come ai pesi, alle misure ed alle monete, ma essendo stato solamente sanzionato il principio della misura *diretta* e *propria* delle acque, che noi appellammo *assoluta;* ne segue che in pratica resta libero alle parti di adottare quella *forma* che credono più espediente ai loro interessi, che non possono provocare ad alcuna norma speciale sanzionata, ma che sempre fa d'uopo nelle particolari contese rimettersi al giudizio dei periti.

§ 963. Con ciò si prevengono i tentativi degli avidi dispensatori di far riformare le bocche da loro prima *concordate*, sotto il pretesto che l'acqua *erogata* riesce maggiore della *concordata*, benchè l'utente non abbia praticata veruna novità. Se noi fummo contenti di contrarre con una bilancia (il bilico della quale soffriva qualche attrito), e se tu mi consegnasti qualche oncia più di quella che viene segnata da una bilancia forbita e sensibile, avrai tu forse diritto di rivendicare a titolo d'*indebito* le poche oncie che asserisci d'avermi consegnato di più? Saviamente pertanto i legislatori si astennero dal sanzionare qualunque forma particolare di costruzione delle bocche di erogazione.

§ 964. Dico in secondo luogo, che niuna bocca in particolare si può assumere come norma generale; e ciò lo provo con un testo di autorità pubblica superiore ad ogni eccezione. Tal è appunto il solenne Trattato fra la Monarchia Austriaca e la Repubblica di Venezia del 10 Novembre 1764, del quale abbiamo riportato gli articoli al Capo XXVII. del Libro I. di questa seconda Parte. Ivi diffatti nell'art. 5. delle basi concordate dicesi

quanto segue: « Le bocche che soffrono rigurgito saranno compensate » sottraendo dalla quantità di acqua che la bocca dovrebbe dare, se l'ac- » qua scorresse liberamente, la quantità d'acqua rigurgitata, e dilatando » la bocca, secondo la larghezza, tanto quanto potrà bastare; talchè per » essa passi tant' acqua, sebbene rigurgitata, come ne scorrerebbe da » una bocca libera dal rigurgito. » Egualmente si contempla il caso della soverchia pendenza del fosso dove si versa l'acqua della bocca, per condurla agli usi. Se l'arte riconosce la *necessità* e il *modo* di determinare la quantità e quindi la competenza della erogazione senza l'uso della pretesa bocca magistrale, ne vengono tre irrefragabili conseguenze. La prima, che codeste pretese bocche magistrali non sono *adattabili* a tutte le esigenze della dispensa delle acque, ma la necessità stessa delle cose obbliga ad abbandonarle per appigliarsi ad altre forme. La seconda conseguenza, che se queste altre forme sono realmente *assicuratrici* della dovuta competenza, esse sono egualmente *legali*, e però egualmente magistrali nella rispettiva sfera e posizione dei dati piani: dunque sarebbe il colmo della stolidaggine pensare che fuori delle così dette *bocche magistrali* non vi sia salute, ossia sicurezza di erogazione.

§ 965. La terza conseguenza è, che: 1.° essendosi adoperata la più certa misurazione idrometrica, riconosciuta come indispensabile; 2.° essendosi annunziati ingenuamente e pienamente i dati ed i risultati; 3.° essendosi conchiuso il contratto coi requisiti voluti dalla legge; si deve riguardare la *costruzione* concordata della bocca come *irreformabile*, senza il consenso delle parti. Ciò s' intende sempre quando non sia stato convenuto che alterandosi lo stato del canale dispensatore, vengano riformate anche le bocche di erogazione. In questo caso però si deve fare constare a tutti gl' interessati nella causa, e riformare col loro intervento, come si praticò nello stabilimento.

§ 966. Invano contro questa terza conseguenza l'avidità potrebbe insorgere colle scuse dell'*errore*, della *lesione*, ec. ec. Chi vi assicura che il secondo sperimento sia più verace del primo? E quand'anche l'Idraulica ve lo attestasse, chi vi dice che l'accordo primo *consensuale* non formi una sentenza *inappellabile* per ambe le parti? L'incertezza o gli sbagli innocenti in fatto di acque, se siano concordati, involgono una necessaria transazione, siccome gli acquisti involgono una necessaria *sorte*, come fu detto.

§ 967. Non si debbono confondere le *false misurazioni*, ossia meglio le *dolose relazioni* dei periti, contemplate e represse dalle leggi, cogli errori di valutazione commessi *di buona fede* nella misura delle acque,

sempre approssimativa e sempre congetturale. Le prime sono vere *frodi*, le quali danno alla parte lesa il diritto di rivendicare ciò che da una ingannevole perizia fu aggiudicato. Tal è l'oggetto e tali sono le provvidenze anche delle leggi riportate nel titolo del Digesto *Si mensor falsum modum dixerit*. In questo il perito sa d'ingannare, perchè l'esperimento gli somministra un risultato diverso da quello da lui emesso nella perizia (*in modi renuntiatione*). Ma nel caso da noi figurato, nel quale non intervenne *mala fede*, e in cui le parti si concordarono, non hanno luogo le suddette disposizioni.

§ 968. Riassumendo ora il tema principale, ognun vede che la *forma* delle bocche legali di erogazione può *variare* secondo i casi. Dunque l'ingegnere deve essere abile a *variare le costruzioni*, ritenuta sempre la misura dell'acqua colle tre dimensioni. Sarebbero certamente da compiangersi come meschini e nulli quegl'ingegneri i quali non sapessero eseguire fuorchè le bocche magistrali. Essi sarebbero colpiti da una specie d'interdetto per tutti quei casi ne'quali il loro modello non riesce applicabile. Il sartore che taglia tutti i vestiti sullo stesso modello di carta, ed il prete che, come dice il proverbio, non sa leggere che nel suo messale, somiglierebbero a questi ingegneri.

§ 969. Ciò che interessa per le contrattazioni e pei giudizii, si è lo sgombrare la falsa opinione (se mai fosse invalsa) non esservi di legalmente riconosciuto fuorchè le datte pretese bocche magistrali. Nè le buone leggi, nè gli illuminati Governi furono mai affetti da questa manìa paesana, nella quale si considera che il mondo sia finito quando si esce dal guscio della lumaca. Essi diffatti, come abbiamo sopra provato, stabilirono principii, i quali sono relativi alla diversa necessaria posizione delle cose; e però tanto i contraenti, quanto i giureconsulti ed i magistrati non debbono dar retta a pregiudizii locali, e devono tranquillare il loro spirito e la loro coscienza allorchè fanno capo ad ingegneri veramente illuminati, e che posseggono le idrauliche dottrine nella loro dovuta ampiezza (1).

---

(1) Parlando della effezione delle bocche legali, non credo di entrare nelle considerazioni della loro *collocazione*, tanto rispetto al livello dell'acqua che ricevono, quanto rispetto a quella che trasmettono, e che decorre agli usi. In tutti questi particolari s'incontrano circostanze, le quali danno luogo a controversie e a giudizii più o meno retti. Sarebbe necessario che gli avvocati e i giudici conoscessero almeno per autorità alcuni decisivi dettami dell'arte, ed alcune malizie, sia degli utenti, sia dei dispensatori, per assistere alle visite con profitto. Intanto li consiglio a leggere le Lezioni XVIII. XIX. e XX. del Mari, Tomo IV.

§ 970. A cautela però dei contraenti, i quali si riportano a queste stesse bocche magistrali, si deve avvertire, che quando tali bocche vengono *ampliate*, anche secondo i più stretti precetti dell'arte, onde somministrare molte once di acqua ad un solo tratto e per una luce sola, si ha l'inconveniente che l'erogazione riesce in proporzione dannosa al venditore; talchè volendo dalla stessa luce erogare, per esempio, *dodici once* d'acqua ad un solo tratto, il venditore risente il danno di quasi una mezz'oncia di più; e quindi un'acqua perpetua e di non infimo valore risente il danno di ottocento, novecento e più zecchini. Questa osservazione è fatta da tutti i periti dell'arte.

§ 971. Ma se è così, è per sè manifesto che la pretesa magistralità non vale sempre nemmeno nei piani ne'quali cotali bocche possono convenire. A che dunque si riduce, se vale per pochissime once ad un solo tratto? La cagione ci fu indicata più d'un secolo fa perfino dallo stesso Barattieri. Per la qual cosa i cauti ed illuminati venditori non s'inducono, nè s'indurranno giammai, a somministrare dodici once d'acqua ad un *solo tratto*, e per un'unica bocca della tromba così detta *magistrale;* ma sogliono concederla con bocche separate, onde evitare appunto l'enorme danno sopra figurato (1).

§ 972. In forza di tali considerazioni noi veggiamo che il legislatore non può su questo punto stabilire fuorchè il canone generale, che la bocca legale sia quella realmente capace ad accertare della competenza stabilita, e nulla più. Nel resto poi egli è costretto a rimettersi al giudizio dei periti dell'arte, avvertendo soltanto i giudici ed i magistrati a non limitare la loro confidenza ad una data forma esclusiva, ma bensì a pensare che l'arte, figlia della natura e ministra della natura, deve variare quanto la natura stessa; senza di che viene violata la giustizia, ed oltraggiata la verità. Parimente ch'egli *non permette* NÈ DEVE PERMETTERE, che sotto il pretesto di meno esatte e rigorose costruzioni venga levata nemmeno una stilla d'acqua ai legittimi possessori, e siano toccate le bocche.

---

(1) Il sig. Antonio Tadini nella sua Opera intitolata *Del movimento e della misura delle acque*, stampata nel 1816, dopo avere analizzato le particolarità delle pretese bocche magistrali, ed avere presentato il calcolo approssimativo della portata di acqua del Canal grande, della Martesana e della Muzza, e averla espressa in 1143o metri cubici d'acqua in ciascun minuto di tempo (il tutto però approssimativamente) soggiunge: « Egli è però questo uno dei non piccoli „ vanti dell'insubre industria; e dal fin qui „ detto bene si comprende che furono assai „ più saggi e più grandiosi i Milanesi nel- „ l'intraprendimento di vaste derivazioni di „ acque, che dotti ed esperti i loro architetti „ nell'arte di distribuirle. „

§ 973. Sonovi certamente viziose costruzioni, alle quali si deve *rimediare*; e queste sono quelle che si veggono defraudare gli *utenti* della loro competenza. Noi ne leggiamo un esempio alla pag. 60 della Relazione dell'idraulico P. Lecchi sul canale della Muzza nell'anno 1760. Questa riforma necessaria e di assoluto diritto cade sul canale stesso DISPENSATORE.

CAPO XIII.

Delle spese occorrenti alla effezione dell'acquedotto, e delle altre indennità.

§ 974. Il Pecchio nel suo Libro II. del *Trattato dell'acquedotto*, nel Capo IX. Questione I., dopo avere accennato che il padrone del fondo soggetto deve prestare anche la terra necessaria per riparare gli argini o le spalle dei canali, promuove la quistione, se la terra, che si piglia dal fondo soggetto, debba essere *pagata* dal conducente dell'acqua.

§ 975. Questo caso si verifica appunto allorchè vengono costrutti canali *sopra terra*, o si fa incamminare l'acqua incassata fra due argini paralleli. Siffatta specie di canali vengono designati col nome di CAVI-LEVATI. Dunque la quistione consiste nel sapere se la terra necessaria per *costruire* e *riparare* un *cavo-levato* debba essere pagata separatamente dalla terra necessaria a costruire un cavo depresso.

§ 976. Si noti che molte volte la livellazione obbliga a sostituire il cavo-levato al cavo depresso, e però questa *costruzione* non venne contemplata nella scrittura originaria del contratto. Posto anche questo caso, il quale entra nella tesi generale esposta dal Pecchio, veggiamo a chi egli pronunzii doversi addossare la spesa di questa costruzione, o piuttosto se per questa costruzione *si debba o no al proprietario serviente pagare* il valore sì della terra di costruzione, che di quella di riparazione.

§ 977. Il Pecchio narra che prima egli aveva abbracciata l'affermativa, ma che in questo caso muta d'opinione. « Sic eo casu diximus non » posse capi terram ex fundo serviente, nisi solvatur etiam terrae prae- » tium, qua uti voluerit dominus praedii dominantis . . . . Aliter ergo » discurrere intendo plenius hanc materiam in sensu diverso, et etiam illis » quae ibi diximus contraria: quia re medullitus ponderata et discussa, » in aliam cogor ire sententiam. » Secondo questa enunziativa del Pecchio, il padrone del fondo soggetto deve somministrare *gratuitamente* per lo meno la terra necessaria alla costruzione di un cavo-levato, e sof-

frire anche gratuitamente perfino la deteriorazione di una parte del suo fondo, oltre l'onere del canale imposto al suo podere (1).

§ 978. Ma a quali prove appoggia egli il Pecchio questa sua sentenza? Forse alla disposizione delle leggi, le quali obbligano semplicemente il padrone del fondo soggetto, sia a *soffrire*, sia a *prestare* qualche cosa? Ma qui conviene ben distinguere, che altro è imporre un officio prediale a vantaggio altrui, ed altro è esigerlo *gratuitamente*. Egli è principio costante, che se una legge impone un sagrificio alla proprietà altrui, fosse pur anche per pubblica necessità, essa lo impone colla condizione della *previa indennizzazione plenaria* al padrone del fondo sottratto, ed impiegato a pubblica utilità. Veruna legge equa non avvisò mai d'imporre sagrificii *gratuiti* in onta della volontà dei rispettivi proprietarii. Tutte le eque e civili legislazioni sono d'accordo su questo punto. Con quanto maggiore ragione adunque fra privato e privato si dovranno escludere questi gratuiti sagrificii? Qual è il principio regolatore di tutti gli atti fra cittadino e cittadino? L'*eguaglianza*. Questa dà appunto il nome di *equità* a tutte le regole legali direttive dei rapporti scambievoli fra cittadino e cittadino.

§ 979. Orsù dunque, dove può trovare il Pecchio la dimostrazione della detta asserzione? Essa non può essere tratta se non che da due sorgenti: la prima, la volontà o espressa o presunta dei contraenti; la seconda, la volontà o espressa o presunta della legge. Qui non v'è mezzo. Ricorre egli il Pecchio alla volontà espressa dei contraenti? Allora dovrà esistere una locuzione *ben chiara*, colla quale il padrone del fondo soggetto dichiari di cedere gratuitamente tutto il bisognevole per la costruzione dell'acquedotto. Ma questa dichiarazione deve escludere qualunque *dubbietà* a fronte della contraria presunzione anche legale, che *nemo praesumitur velle suum jactare.* — Ricorre forse ad una tacita presunzione di volontà? Allora egli è formalmente e solennemente smentito da tutte le tritissime regole, che niuno si presume voler donare e gettare il suo; e però che qualunque sacrificio, sul quale le parti non abbiano espressamente stipulato, dev'essere indennizzato con un correspettivo adequato al valore del sacrificio sofferto. Questa massima è di una tale notorietà, che non può soffrire veruna controversia. Ora la quistione proposta cade appunto sul caso, nel quale essendo stata stipulata in genere la servitù dell'acquedotto, non sia stato dichiarato in

(1) Avverto che sotto l'impero delle leggi posteriori e dei regolamenti vigenti non si potrebbe proporre più questa quistione. Ciò consta dalle cose già esposte, e da ciò che ne diremo.

ispecie l'articolo risguardante l'indennità per le opere *accessorie*, che potrebbero aggravare il fondo soggetto. Fissata la quistione a questo caso, prima di tutto osservo che il Pecchio non è stato da tanto da poter trovare in alcun principio di tacita volontà dei contraenti il fondamento della sua opinione.

§ 980. Dunque che cosa rimane? Rimane a vedere se *per volontà della legge* si possa sostenere l'assunto da lui propostoci. Qui appunto egli concentra tutte le sue cure; talchè l'ultima sentenza, che ne risulterebbe, sarebbe le leggi romane avere dichiarato che la terra che il fabbricatore dell'acquedotto piglia dal fondo soggetto, come pure altri sacrificii necessarii, debbano prestarsi *gratuitamente*. Ma è poi vero che le leggi romane pronuncino questa strana sentenza? Per quanto si esamini i testi allegati, si trova esse avere bensì dichiarato che il padrone del fondo soggetto debba soffrire la tale o tal'altra cosa; ma niuna aver mai pronunciato che debba soffrire senza un correspettivo di prezzo, come pare voler dire il Pecchio. Basta un po' di senso comune per sentire che la legge, la quale nei recati passi non pronunciò nulla sulla dovuta indennizzazione, stimò inutile accennare questo dovere del dominante, sì perchè dove la legge non eccepisce debbono valere i principii generali altrove proclamati, e sì perchè nei frammenti staccati dei citati giureconsulti si debbono far valere le altre regole, alle quali non viene derogato colla loro sentenza. Niuno ignora che *incivile est judicare, nisi tota lege perspecta.* Tutta la legge non consiste nel dato isolato frammento, ma nel complesso totale ed armonico delle sue disposizioni.

§ 981. Alle corte, consta che nelle leggi citate non s'impone nè punto nè poco verun sacrificio *gratuito* al padrone del fondo soggetto. Ma dall'altra parte consta che la legge sussidiaria alla tacita volontà delle parti, e dispensatrice degli obblighi e dei diritti a norma della eguaglianza, respinge costantemente questi gratuiti sacrificii. Dunque l'opinione del Pecchio, presa nella sua prima enunziativa, non solamente risulta senza fondamento, ma risulta espressamente ripugnante alle massime proclamate dalla romana legislazione, ed ai principii stessi fondamentali della ragione naturale civile.

A dir vero, il Pecchio ha sentita almeno all'indigrosso la forza di questi principii, e quindi ricorre al mezzo termine di *presumere contemplata* l'indennità suddetta nel prezzo convenuto col padrone del fondo soggetto.

§ 982. Qui si debbono osservare due cose. La prima, che questa presunzione non potrebbe aver luogo se non quando le parti non avessero

contemplato espressamente un *cavo depresso*, ma solamente quando avessero stipulato un *cavo in genere*. Ma posto questo caso, la regola legale vi dice, che nel dubbio si dovrebbe sempre interpretare essersi intesa l'opera meno dispendiosa, e meno aggravante per amendue. Il caso poi della costruzione *inopinata* del cavo-levato, indotta dal non esperimentato livello, non potrebbe essere compreso nella tesi del Pecchio, perchè il fatto storico escluderebbe la possibilità stessa della sua presunzione. Per la qual cosa tanto nell' uno quanto nell' altro caso non potrebbe giuocare la presunzione figurata dal Pecchio. — La seconda osservazione poi è, che col dire che il prezzo della terra del cavo-levato in tanto non si deve pagare, perchè si deve presumere già *compreso* nel prezzo della convenzione, non si tratta più la tesi proposta, ma si scambia con un' altra. Allora il Pecchio non deve più dire che la terra si può pigliare *senza prezzo*, ma bensì che si può pigliare perchè il prezzo fu già inchiuso nello stabilimento della servitù. Ma col dir ciò si afferma appunto che non si può pigliare senza prezzo. Più ancora: col dir ciò si scarta la quistione di *legge*, per sostituirvi una quistione di *volontà*. Allora il Pecchio doveva porre l'ispezione = se concordato il prezzo della servitù dell'acquedotto, si debba intendere compreso anche il prezzo della terra, e di qualunque altro onere ordinario per l'effezione della servitù. = Posta così la quistione, egli avrebbe trovato non potersi stabilire una soluzione universale, ma che noi siamo gettati nella teoria della *interpretazione* della volontà dei contraenti; e che quindi siamo obbligati ricorrere alle regole della critica legale ordinaria, risguardante gli atti convenzionali.

§ 983. Qui al proposito nostro mi basta far sentire: 1.° che tutte le spese necessarie alla costruzione dell' acquedotto (altro non risultando) debbono essere compiute dal petente della servitù (1); 2.° che tutti gli

---

CODICE NAPOLEONE.

(1) « Colui al quale è dovuta una servitù » può fare tutte le opere necessarie per usarne e conservarla. Tali opere debbono farsi » *a sue spese*, e non dal proprietario del fondo serviente; purchè il titolo di costituzione » della servitù non stabilisca il contrario. » (Cod. Napoleone, art. 697. 698.)

DIRITTO ROMANO.

« In omnibus servitutibus refectio ad eum » pertinet, qui sibi servitutem asserit, non ad » eum cujus res servit. » Leg. 6. § 2. Dig. *Si servitus vindicetur*. — Questo principio risulta più chiaramente dalla mera *pazienza*, nella quale il padrone del fondo soggetto non deve far opera veruna, nè soffrir nulla oltre il convenuto, senza indennità.

CODICE AUSTRIACO.

(Qui cadono gli articoli 491 e 497, riportati di sopra in nota al Capo VIII. di questo Libro.)

oneri e danni *accessorii* che il padrone del fondo soggetto fosse per soffrire, debbono essere pagati, oltre al terreno occupato per la costruzione dell'acquedotto medesimo.

§ 984. Prima di finire questo Capo dirigo agli antichi padroni di fondi servienti un quesito. Voi cedeste una parte di terreno a stima per fare un canale. Voi poi pattuiste il risarcimento di danni eventuali futuri. Credete voi di poter più pretendere nulla *a titolo di danni*, col prezzo esatto nello stabilimento primo della servitù? — Fammi indovino, mi rispondono, che mi terrò risarcito. Chi ha detto a voi (essi soggiungono) che noi abbiamo stimato o ritratto il prezzo di questi danni? Appunto perchè non potevamo nè prevederli nè valutarli anticipatamente, abbiamo dedotto in patto generale il risarcimento loro. Se noi li potessimo prevedere in ispecialità, se noi li potessimo valutare tutti anticipatamente, o non avremmo forse accordata la servitù, o non ci saremmo riportati al *futuro* ed *eventuale* giudizio di periti stimatori. — Eppure il Pecchio vi fa tutti indovini e soddisfatti, e vi fa tali in forza dello Statuto di Milano. Egli si figura che i danni eventuali, dei quali parla lo Statuto, siano danni *preveduti*, *valutati*, e che formino parte del prezzo originario (1).

Ma chi ha detto al Pecchio che gli autori dello Statuto abbiano dei contraenti fatto altrettanti profeti onniveggenti, per farne poi altrettanti contribuenti, senz'altro compenso? Io non proseguo ulteriormente in questa discussione, nella quale i controsensi logici e morali fanno della legislazione un'opera di stoltezza e di spoglio. Coll'addomesticare i cultori

---

LEGGE 20 APRILE 1804.

« Riguardo alle bonificazioni, ai cavi, scoli, botti, ed altri manufatti, che hanno per » oggetto il vantaggio di più possidenti, i lavori e le spese a tal uopo occorrenti stanno » a carico degl' interessati nei rispettivi circondarii e territorii, e si osservano a tale » riguardo le convenzioni e le consuetudini » vigenti, salva la rettificazione portata dalla » presente legge. » (Art. 17).

(1) « Facta extimatione universorum ad » formam constitutionum, et soluto praetio » ut supra, illico emptor habet fundatam intentionem, et in jure et in constitutionibus » SE OMNIA SOLVISSE, quae fuerunt conventa, » ut possit aquaeductus servitutem facere. » Constitutiones enim generaliter loquuntur, » vel saltem indefinite de damnis. Ergo aptae » sunt prout revera existunt; *comprehendere* » *omnia damna* quae *occasione* servitutis » fundo servienti potuerunt inferri. » Il Pecchio prosegue a ragionare in modo da far degenerare il contratto di acquedotto in un dissoluto contratto di *sorte* propriamente tale. Se la buona giurisprudenza insegna che nelle quistioni di *volontà* l'espressione generale della legge non è che ipotetica, ne segue che il Pecchio la fa positiva. Lo Statuto dice che si pagheranno tutti i danni emergenti dalla servitù. Voi avete stabilito il prezzo della concessione; dunque avete compreso anche l'importo di tutti i danni. Ecco l'argomento del Pecchio.

della giurisprudenza a questo modo di ragionare non solamente si spegne ogni lume, ma, quel ch' è peggio, si ammorza quel divino potere della coscienza, che supplisce a tutto.

CAPO XIV.

Dell'effezione della condotta delle acque, considerata relativamente allo scarico.

§ 985. Quali sono gli estremi, o a dir meglio le parti integranti ed essenziali d'ogni condotta di acque? La PRESA dell'acqua, l'USO e lo SCARICO. Nel prendere un' acqua è così necessario pensare allo *scarico*, che senza di esso è fisicamente impossibile effettuare alcuna condotta. Pigli tu acqua per irrigare un prato, per coprire una risaja, per dissetare un campo, un orto? Conviene che tu pensi dove debba smaltire quella che sopravanza all' irrigazione. Pigli tu acqua per animare opificii? Devi pensare come la corrente possa proseguire e scaricarsi per continuare la forza viva di quella che sopravviene. Guidi tu una corrente per altri usi economici e domestici? Devi sempre pensare come e dove scaricare la corrente medesima.

§ 986. Se per mala sorte tu dovessi *ritenere* ne' tuoi fondi anche una parte delle acque morte, oltre la perdita del terreno necessario a raccogliere gli scoli, tu infesteresti la terra e l'aria con tutti i flagelli delle acque stagnanti, talchè sarebbe meglio non aver tentata condotta alcuna. Tutto questo è talmente notorio, che non abbisogna di altre prove. Qual' è dunque la necessaria osservazione che ne segue? Che nel progettare una condotta di acqua è così necessario il provvedere allo *scarico*, che non può esistere nè si può effettuare condotta alcuna senza avere stabilito lo scarico suddetto. Fino dal principio di questo Trattato ho fatto avvertire a tale circostanza, come ne fa fede la Sezione II. del Libro I. Parte I.

§ 987. Questo scarico non si può operare che per due maniere. La prima, passando solamente sui *fondi proprii*, i quali mettano capo ad un fiume, ad un lago, o a qualche altro scaricatore comune; la seconda, passando pei fondi di un altro proprietario. Quanto alla prima maniera, essa non può somministrare argomenti di molte quistioni di giurisprudenza contenziosa fra i privati; quanto poi alla seconda maniera, entrano necessariamente tutti i principii ordinarii della servitù di acquedotto. Imperocchè è certo e dimostrato dalle cose sopra esposte, che tranne il caso di un' acqua *naturalmente* scorrente da un fondo supe-

riore ad uno inferiore, il padrone del fondo inferiore non può essere astretto suo malgrado a ricevere le acque *procurate* dal fondo superiore, per qualunque uso che al padrone piaccia di farne. Egli imporrebbe una vera servitù di scarico e di transito *senza* il consenso del padrone del fondo, che la dovrebbe tollerare; locchè ripugna a tutti i principii della parità dei diritti e della scambievole indipendenza dei due proprietarii.

§ 988. Posto questo principio, e consultando solamente i rapporti del diritto *privato*, e l'autorità personale dei due proprietarii, ne viene la necessaria conseguenza, essere legalmente impossibile effettuare la condotta di un'acqua sul fondo o per mezzo del fondo altrui, senza prima averne riportato l'assenso dal padrone del fondo, sul quale l'acqua si vuole scaricare. Fingendo adunque il caso che Pietro acquisti una presa d'acqua, o che voglia farla scaturire nel suo fondo stesso, egli dovrà necessariamente convenire con Giovanni, padrone del fondo inferiore, l'obbligo di ricevere lo scarico suddetto; altrimenti niun giudice, niun tribunale e niun'altra magistratura potrebbe dargli protezione per effettuare questo scarico. Io non abbisogno di provare questa massima legale, dopo le cose già esposte nel presente Trattato.

§ 989. Quando sarà dunque che il compratore d'una presa d'acqua potrà lusingarsi di poterla scaricare senza che sia necessario ottenere il consenso dei padroni dei fondi inferiori? Ciò avverrà solo quando esista una *legge*, la quale imponga per massima generale questa obbligazione. Allora la servitù dello scarico, o altrimenti dello scolo, diventa servitù indotta *per fatto della legge*; ed allora per conseguenza ella esce dalla sfera delle servitù puramente *contrattuali*, delle quali particolarmente si occupò il Diritto romano. E qui si domanderà quale sia lo stato della nostra legislazione su questo particolare. Facile è prevedere la risposta, anche senza aver veduto la disposizione positiva. È certo che i nostri *politici regolamenti* introdussero la servitù legale della *condotta* delle acque, come fu veduto in questo Libro. Ma se lo scarico forma parte essenziale della stessa condotta, egli è per sè manifesto che il diritto dello *scolo* dovette per un'assoluta necessità essere compreso nel diritto del transito per il fondo altrui. Questa illazione diviene di fatto positivo, se leggiamo il testo dell'art. 54 della legge 20 Aprile 1804, riportata tanto nel Capo XVI. del Libro I. Parte I., quanto nel Capo IV. di questo stesso Libro, in nota. « I terreni inferiori non possono » ricusare di dar esito alle acque superiori (dice il detto articolo). Oltre » il disposto dagli articoli precedenti, spetta ai superiori la spesa del-

» l'escavazione dello scolo da farsi, e la difesa dei fondi pei quali passa; » come pure il rifacimento di qualunque danno che in ogni tempo può » derivarne ai fondi stessi. Il presente articolo non toglie l'effetto della » convenzione, dei possessi, e delle servitù LEGITTIMAMENTE acquistate.»

Io non abbisogno di ricordare novellamente, che questo articolo parla esattamente di *acque private*, come si può vedere da tutto il contesto, e dalle riflessioni fatte più sopra sugli articoli esaminati.

§ 990. Qual'è la conseguenza generale che risulta dal complesso della legge suddetta 20 Aprile 1804? Che per l'oggetto di *soccorrere* all'*agricoltura* ed all'*industria* essa assoggettò a servitù legale tanto i fondi che debbono condurre l'acqua agli usi, quanto i fondi che debbono scaricarla. Molte quistioni si presentano per la *esecuzione* di questa legge, tutta politica. Se Paolo deve ricevere l'acqua scaricata da Pietro; e se il fondo del primo, che riceve lo scarico, non può trasmetterla ad un *comune* scaricatore (come sarebbe un fiume, un lago, o qualche altro simile recipiente); ne verrà la necessaria conseguenza, che si dovranno sottoporre alla stessa servitù tutti i fondi *intermedii*, fino a che o si giunga ad uno di questi comuni scaricatori, o a qualche possessore di fondi che volentieri accolga gli scoli suddetti per approfittarne a proprio vantaggio. In questo stato di cose quali sono i principii legali che dovrebbero regolare la condotta dello scarico? Pronta è la risposta. Tali principii sono esattamente gli stessi di quelli che reggono la condotta per l'uso o il godimento dell'acqua, allorchè si tratti di farla passare pei fondi altrui. Non è qui il luogo di trattare questo argomento, il quale d'altronde è stato esaurito dalle teorie da noi sovra esposte.

CAPO XV.

Osservazione generale sulla effezione di una condotta d'acqua obbligata a restituzione.

§ 991. A fine di non discostarci dallo stretto argomento della *effezione* dell'acquedotto, mi conviene far osservare che lo scarico può essere stipulato col dispensatore dell'acqua in due maniere: la prima con *dispensa libera;* la seconda con *dispensa obbligata a restituzione.* Nella prima maniera, conceduta l'acqua, il concessionario ne può disporre a suo beneplacito, ed alienare, vendere e distribuire gli scoli come a lui piace. Nella seconda maniera poi egli è così vincolato, che dopo il fissato godimento dell'acqua trovasi obbligato a restituirla al canale dispensatore. In questo secondo caso il canale *scaricatore* acquista necessariamente la

qualità di *canale di restituzione*, e sotto questa denominazione viene designato nella pratica. Ma allora la direzione degli scoli si trova vincolata sì legalmente che fisicamente. Legalmente sotto due rapporti: il primo è quello di *non eccedere* nell'uso e nel godimento dell'acqua; il secondo di *doverla restituire* intiera, dedottone l'uso necessario. Fisicamente poi si trova obbligata, perchè conviene costruire e dirigere gli scoli di modo che l'acqua torni al canale dispensatore colla minor perdita possibile di quantità e di tempo, salve nel resto le guarentigie contro le altre distrazioni. Poste queste condizioni, ognuno prevede di leggieri che una più che l'altra direzione fa sorgere contestazioni sul punto tanto della *dispersione* dell'acqua, quanto del *tempo* del suo reingresso nel canale dispensatore.

§ 992. Chiunque anche in via speculativa riflette per un solo momento alla *dispensa obbligata a ritorno*, vede sorgere una moltitudine di vincoli, di quistioni, di frodi, d'inquisizioni e d'imbrogli, i quali, tranne una durissima necessità, debbono far proscrivere come la peste dall'uso civile delle acque le dispense con ritorno. Se poi domandiamo esempii di fatto dell'uso pratico di tale sistema, non abbiamo che ad aprire i libri di quelli che scrissero su questa materia. Uno solo basterà per tutti, malgrado che il dispensatore fosse il Fisco, e gli utenti fossero semplici privati, spogli di qualsiasi privilegio. Tale esempio leggesi nelle erogazioni soggette a ritorno delle acque del Mincio e delle annesse a questo fiume. Il prof. Mari, il quale si può dire in sostanza avere dato la Idraulica del Mantovano, piuttosto che la generale, ne somministra un luminosissimo esempio nel Tomo III. delle sue Lezioni. Questo sistema delle dispense soggette a ritorno diventa complicato, contenzioso, arduo, e in molti tratti illusorio, e soprattutto dispendioso e vessatorio, appunto quando sonovi molti che concorrano a domandare prese di acqua, e tutti siano assoggettati al debito della restituzione dopo l'uso impetrato. Non è così allorchè si avesse a fare con uno solo, o con pochissimi; perocchè allora il consumo dell'acqua, parte non preveduto, parte accidentale, parte fraudolento, e tutti i ritardi nocivi, non sogliono apportare grave scapito al dispensatore. In caso contrario la ispezione soltanto di tutti i guardiani, di tutti gl'Ispettori, di tutti i periti, forma per sè sola un cumulo di spese, e reca una folla di cure gravosissime pel dispensatore; talchè, tutto bilanciato, egli può trovare poco vantaggio a fronte della dispensa libera. Guai poi se questo dispensatore fosse un semplice privato, non assistito dall'opinione e dalla forza istantanea della pubblica autorità! Se tali e tante sono le cure, le spese e le provvidenze

necessarie per soddisfare ai reclami degli utenti; se tali e tante sono le precauzioni, le indagini e le discipline alle quali conviene assoggettare i concessionarii; se tali e tante sono le vicende necessarie delle stagioni, e le altre circostanze fisiche; se tali e tante sono le frodi, le astuzie e le licenze degli utenti; è pur troppo manifesto che il sistema della dispensa obbligata a ritorno di una grandiosa massa di acque diventerebbe impraticabile, o certamente rovinosa a qualsiasi privato possessore dell'acqua medesima.

§ 993. Ciò serva di avvertimento a tutti i possessori di acqua, onde non lasciarsi sedurre dalla prospettiva dell'apparente guadagno di ricuperare gli scoli, obbligando e assoggettando gli utenti a condizioni vincolanti il libero godimento delle acque medesime. Facile sarebbe rispondere a qualunque quistione in via *legale;* ma difficile nello stesso tempo eseguire i ritorni giusta certe discipline stabilite. Ad ogni modo però, per quello che riguarda le dispense fra più utenti non obbligati a ritorno, sarà necessario sotto la rubrica *dell'uso delle acque* esporre sì le pratiche che le quistioni legali, le quali più frequentemente possono accadere. I principii della dispensa libera servono anche alla dispensa obbligata, e però coi dettami della prima si può rispondere ai casi della seconda.

CAPO XVI.

Se in forza della facoltà accordata dai politici regolamenti si possa effettuare a piacere ogni specie di scarico delle acque.

§ 994. Trattando noi dell'argomento della effezione, faremo riflettere solamente ad una circostanza; ed è, che nel caso che gli scoli siano obbligati a ritorno, i canali di restituzione debbono essere conformati giusta questo fine. Allora conviene assoggettare molte volte alla servitù del transito dello scolo *certi fondi*, i quali non sarebbero stati sottoposti a questo servigio, se l'acqua fosse stata diretta allo scaricatore comune presentato dalla natura, o destinato dalle leggi. Posto questo caso, il quale non può accadere che sotto il sistema obbligato sanzionato dai politici regolamenti, sorge la seguente quistione legale: = se ottenuta da taluno una dispensa d'acqua, il conduttore dell'acqua medesima possa assoggettare i fondi dei tali possessori, piuttosto che dei tali altri, alla servitù degli scoli medesimi. = Si badi bene all'indole di tale quistione. Lo stipulare una presa d'acqua piuttosto con uno scolo libero, che con uno scolo obbligato a ritorno, è cosa puramente arbitraria al compra-

tore dell'acqua. Ma dall'altra parte è certo che coll'una di queste maniere si aggravano solamente i dati fondi, pei quali condurre l'acqua ad un primo scaricatore comune; coll'altra maniera poi si aggravano quei fondi che debbono ricondurla al canale dispensatore. Dobbiamo noi forse pensare che l'art. 54 della legge 20 Aprile 1804 abbia autorizzata questa libertà? Il fine di soccorrere all'agricoltura ed all'industria non dà certamente lume per decidere la quistione. Imperocchè l'agricoltura e l'industria ottengono il loro intento coll'*uso immediato* dell'acqua medesima, e quindi, se si vuole, colla derivazione e condotta nel luogo destinato. Ma quanto allo *scarico*, che succede DOPO l'uso fatto, sia a pro dell'agricoltura che dell'industria, non veggo come questo fine possa determinare piuttosto un modo che l'altro dello scarico medesimo.

§ 995. Si dirà forse che il dispensatore ricuperando gli scoli, può dispensarli ad altri utenti? Ma qui io rispondo, che anche collo scarico libero veggo altri utenti inferiori che approfittano ben volentieri degli scoli, i quali d'ordinario sogliono essere più ricercati delle acque vive originariamente derivate, attesochè portano seco le materie fertilizzanti dei piani concimati pei quali passarono. Oltracciò io veggo che la compra immediata degli scoli dall'utente dell'acqua deve per tutti i motivi costare assai meno della compra di una presa d'acqua dal padrone del canale dispensatore.

§ 996. Se nella pubblica economia prendiamo in considerazione il godimento *dei più*, sarà assai difficile poter dimostrare che colle acque assoggettate a ritorno la popolazione tragga maggior vantaggio, che colle acque libere. Che cosa dunque rimane, fuorchè l'*individuale* guadagno del dispensatore, e nulla più? Dovremo forse dire che questo possa essere un oggetto decisivo della legge generale, che viene in soccorso dell'agricoltura e dell'industria per un motivo interamente sociale? Quando le circostanze di fatto siano come io le esposi, niuno dirà certamente che il lucro maggiore del dispensatore dell'acqua possa avere obbligato il legislatore ad autorizzare i contraenti a sottoporre come loro piace i fondi dei tali e tali proprietarii, piuttosto che quelli dei tali altri.

§ 997. L'unica ragione che poteva indurre qualunque uomo ragionevole ad obbligare i fondi *inferiori* a dar passo alle acque derivate, era quella della necessità assoluta dello scarico in qualche conduttore comune, onde non rendere impossibile il corso necessario delle acque suddette. Ma fissato quest'unico fine, troviamo tracciata la via dello scolo ossia dello scarico suddetto; e questa è la parte meno gravosa e più immediata, onde condurre le acque ad un *comune scaricatore*. Se per

via trovansi proprietarii che amino approfittare degli scoli suddetti, ciò si considera come un mero *accidente*, e come cosa del tutto *volontaria*, ed estranea alla veduta finale del legislatore. Egli fu obbligato soltanto, dopo avere imposta la servitù di derivazione, d'imporre la servitù annessa dello scarico; ed in ciò di rimettersi alle circostanze fisiche e necessarie delle cose, onde far giungere l'acqua derivata ad un comune scaricatore. Adunque pare che, consultando il tenore di detto articolo, l'acquirente di un'acqua non possa obbligarla al *ritorno* nel canale dispensatore senza il consenso dei proprietarii dei fondi, pei quali si dovesse effettuare la restituzione; ma che debba dirigerla verso lo scaricatore comune più vicino, semprechè lo scarico sia praticabile.

§ 998. Si dirà che molte volte questo scaricatore comune può essere *identico* col canale dispensatore. Tale sarebbe un fiume o lago non navigabile, il quale si potesse considerare di esclusiva proprietà d'un privato. Qui prima di tutto conviene riflettere, che un fiume non navigabile, giusta la ragione civile (diversa dalla feudale), non può per originario diritto appartenere mai ad un dato privato, ma è di uso legale dei frontisti. In secondo luogo, se per natura esso trasmette e scarica le sue acque, sia immediatamente, sia mediatamente, in mare, egli è scaricatore assoggettato per una servitù *passiva*, e non per un *richiamo imperativo* delle acque erogate. In terzo luogo poi, la qualità di dispensatore per titolo di proprietà è puramente *accidentale*, e quindi la restituzione, come cosa convenzionale, riesce pure accidentale, e non di diritto assoluto. In breve, per poter sostenere la tesi che l'acquirente e derivatore di un'acqua abbia diritto di farla scaricare attraversando i fondi da scegliersi a suo capriccio, conviene fare astrazione da questi casi singolari. Per lo contrario, posto il principio che i fiumi e canali tracciati dalla natura, o destinati dalla pubblica autorità, si debbano considerare come contemplati per lo scarico delle acque, ne viene la necessaria conseguenza, che lo scarico dovrà essere diretto verso questi luoghi solamente. Dunque, per regola legale, non si potrà stabilire che il derivatore dell'acqua abbia diritto di scaricare l'acqua rimanente, in onta dei proprietarii dei fondi sui quali la volesse altrimenti far *deviare*.

Dunque l'effezione della condotta in questo caso dovrebbe necessariamente dipendere dall'assenso dei proprietarii; e però la costruzione e direzione del canale di restituzione dovrebbe essere atteggiata giusta i termini delle condizioni concordate coi possessori dei fondi medesimi. Quanto poi alle altre condizioni, tutto potrebbe essere comune colla effezione dei canali di derivazione.

CAPO XVII.

Quid juris, *se una legge politica avesse imposta la servitù di restituire gli scoli. Esempio d' un eccesso.*

§ 999. Se dunque i dati fondi fossero stati anche per mille anni assoggettati per legge politica a tollerare la *deviazione* suddetta, gli utenti non avrebbero mai acquistato verun diritto irrevocabilmente quesito. Con una legge posteriore si potrebbe, senza ingiuria, privarli della praticata direzione, ed assoggettarli allo scarico naturale, indicato dalla posizione fisica. Tutte le leggi politiche, come ognun sa, sono di loro natura rivocabili, ed operative di un altro effetto senza vizio di retroazione.

§ 1000. Qui taluno può insorgere, opponendo almeno i *danni* che soffrirebbe il dispensatore coll' essere spogliato del ritorno degli scoli al fiume dispensatore. Ma io domando s' egli abbia diritto al risarcimento. Chi diede a lui la facoltà di sottoporre a servitù *forzata* i fondi *non naturalmente* soggetti allo scarico, fuorchè una forza pubblica predominante? *Resoluto jure datoris, resolvitur jus successoris.* Un feudatario per dominio pubblico partecipato fa suo un fiume non navigabile. Egli con eguale podestà assoggetta tutti i fondi alla speculazione commerciale della restituzione degli scoli. Qual' è l' *auctoritas juris* che stabilisce e sostiene questo commercio, fuorchè la podestà prevalente di cui si trova investito? Ora se in una nuova riforma civile egli venga spogliato di questa prevalente autorità, ne verrà forse che non ne debbano cadere gli effetti *proprii*, o ch' egli debba essere indennizzato?

§ 1001. Gran che! ammessi i *vincoli successorii* dei fedecommessi, delle reversioni feudali, dei retratti gentilizii; ammessi i *dominii parteggiati* dei livelli perpetui e di altri simili stabilimenti; s' impone per massima, che in caso di reversione e di consolidazione in favore d' una famiglia privilegiata debbano cessare tutte le servitù, qualunque ne fosse il numero e la durata (1); e noi dovremo avere ribrezzo di ammettere, che restituendo i fondi alla loro legittima posizione, e riconducendo i demanii feudali o fiscali alla giusta condizione civile, dovremo, dico, avere ribrezzo di applicare lo stesso principio?

§ 1002. Tu mi dirai che per lo stesso mezzo cadono anche le concessioni accordate. Esse cadono come quelle dei beni feudali dei fede-

(1) Vedi questo nostro Trattato, Parte I. Libro III. Sez. II.

commissarii, e dei livellarii soggetti a reversione. E che perciò? Forsechè l'utile di pochi utenti dovrà arrestare la reintegrazione dei diritti civili di una intiera società? A buon conto tutti i *frontisti* hanno sopra un fiume naturale non navigabile i diritti accordati dalla legge civile (1). Ecco dunque che tutti questi non vengono spogliati dei loro diritti. Quanto agli altri più rimoti, molti si troveranno assai più contenti di pattuire immediatamente gli scoli dai primi utenti, che di sottostare al gravosissimo regime del passato unico dispensatore dell'acqua. Comunque poi sia la cosa, niun diritto irrevocabilmente quesito si potrebbe qui opporre alla legge riformatrice, colla quale si riconducono le cose allo stato vero della civile proprietà. Dunque cessa ogni azione non solamente di resistere alla riforma, ma eziandio di ripetere qualsiasi indennizzazione da qualsivoglia parte.

1003. È vero che i nostri regolamenti rispettano le convenzioni e le consuetudini anteriori; ma essi parlano delle LEGITTIME, cioè di quelle che la vigente legge civile riguarda come *inviolabili*, e non delle altre da lei annullate. Se si dovesse ammettere la conferma delle cose passate senza di questa *destinazione*, noi dovremmo pure ammettere in massima, che la legge politica debba fare ai pugni colla civile; e, quel ch'è più, che debba fare ai pugni in materia civile, e nell'atto stesso che si rimette al regime civile. Più ancora: dovremmo ammettere l'altro assurdo, che la legge posteriore riformatrice degli abusi e degli spogli praticati in tempi infelici, debba canonizzarli, mantenerli e perpetuarli.

§ 1004. E per procedere con un esempio nella materia delle acque, fingiamo il caso che un avido e prepotente feudatario avesse decretato non solamente che l'acqua di un dato fiume privato si debba riguardare come di sua esclusiva proprietà, ma che sua ed inviolabile debba riguardarsi anche quella che sorgesse nei terreni privati a quaranta o sessanta braccia distanti dal fiume; e però che avesse inibito a chiunque di scavare senza permesso, o scavando con permesso di pagargli l'acqua trovata, o di ricondurla dopo l'uso al suo fiume. Che cosa rilevereste voi in questo decreto? Quanto all'asserita proprietà del fiume non ho bisogno di fare alcuna risposta, dopo le cose già dette nel Lib. I. Parte I. Ma quanto alle *sorgenti* poste nei fondi privati, ecco le osservazioni che occorrono. Prescindendo dal divieto di fare lavori nocivi alla incolumità del fiume, la quale fu guarentita anche colla legge 20 Aprile 1804, e facendo punto sul preteso titolo di *proprietà* che si vuol far

(1) Vedi Parte I. Libro I. Sez. I. di questo Trattato.

valere sopra le scaturigini nei terreni adiacenti ad una data corrente, dico che nessun titolo di ragione assiste questa pretesa.

§ 1005. Supponiamo anche per una mera ipotesi che tali scaturigini si potessero attribuire ad un'acqua che per vene sotterranee deriva dal fiume (locchè legalmente si dovrebbe sempre far constare). E che perciò? Questa è acqua che tu non puoi o non vuoi ritenere nell'alveo del fiume; questa è acqua somministrata dalla stessa natura ai fondi adiacenti; questa è acqua, sulla quale niun uomo e niun equo signore potrà armare maggior diritto, che su quella che cade dal cielo. Tu vuoi agire o per pubblica autorità, o per privata. Se per pubblica, soddisfatto all'*uso pubblico*, finisce ogni tuo diritto; se per privata, fuori del tuo fiume e delle sponde adiacenti non hai padronanza veruna.

§ 1006. Se la supposta *procedenza materiale* dovesse valere come *titolo di proprietà*, i padroni delle sorgenti che trovansi nei monti si potrebbero erigere in consorzii, e vietare a quei della pianura d'usare di tutte le acque, o assoggettarli a pagare tutta l'acqua che ricevono. Strana sarebbe questa pretesa. Eppure io l'ho veduta porre in campo fin anche in senso *inverso;* vale a dire, ho veduto e sentito da un consorzio di utenti d'un tronco *inferiore* d'un fiume non navigabile pretendere di andare fino alle sorgenti di tutti i rivi tributarii, e praticare violenze di fatto contro molti poveri mugnai ed utenti della montagna, che si prevalevano dell'acqua. Quando si sorpassa la linea di confine del buon diritto, non havvi più punto al quale arrestarsi. Quando poi gli arbitrii vengono praticati colle divise della potenza, la cosa giunge all'eccesso. Il falso zelo dei subalterni, i quali non sanno che con atti vessatorii non servono, ma offendono superiori illuminati ed umani, oltre di fare ingiuria al privato, suscita lo scandalo, e provoca la pubblica indignazione.

§ 1007. Un esempio clamoroso di questo zelo non illuminato dei periti ci viene offerto dal Mari nella sua *Idraulica pratica ragionata* al proposito appunto della sotterranea presunta procedenza di acque. Eccolo colle sue parole. « Fu già una controversia grande, decisasi solamente nell'anno addietro (1), per alcune acque che il dottissimo e valorosissimo sig. dottor fisico Bartolommeo Gonzatti usava ad irrigare sul Castellarese una sua piccola risaja. Pretendevasi dai nostri inge-

(1) Non so a qual anno si riferisca. Io trovo soltanto che il Tomo III., in cui è inserito il passo, porta la data del 1802, anno nel quale il Mantovano formava parte della Repubblica Italiana.

» gneri, e dai Veneti d'allora, che traessero origine dalla Molinella o » dalla Geriola Pozzo, e che quindi, come devolute alla Molinella, se- » condo i trattati, non fossero a disposizione e ad uso di nessuno, ma si » dovessero ricondurre intatte alla Molinella stessa. Venne quindi sos- » pesa *su questa ipotesi* la risaja Gonzatti dai due Governi. Sopra un » ricorso di Sua Altezza il sig. Principe di Trento (1) a favore di que- » sta risaja, fui destinato dal Tribunale a visitare e a riferire. Scelsi il » tempo in cui erano tolte le acque alla Molinella, e quindi alla Geriola » Pozzo. Osservai che la risaja attualmente irrigavasi e con molta faci- » lità, e che la DISTANZA dei fossi, ove nascevano le acque contese della » Molinella e della Geriola Pozzo, era QUADRUPLA della prescritta. Os- » servai che i detti fossi tramandavano acqua abbondante, mentre la » Molinella da molti giorni n'era destituita. Osservai la natura dei fossi, » ch'era ghiajosa, e propria alle sorgive, e che l'acqua di essi non co- » municava con nessun altro fosso; ch'erano molti giorni che non cade- » vano pioggie, per non confondere le sorgenti colle piovane. Quali pro- » ve maggiori erano da desiderarsi, che quelle acque non dipendevano » punto dalla Molinella, nè dalla Geriola Pozzo? Oltre a ciò volli assi- » curarmene colla livellazione, ricavando quanto il pelo dell'acqua sulla » risaja era *più alto* dell'acqua pochissima che trovavasi in Molinella » o nella Geriola. Io lo trovai più alto ventitrè oncie dell'acqua attuale » della Molinella, e due oncie più alto ancora dell'altezza dell'acqua » ordinaria della stessa; e l'acqua nella Geriola Pozzo era diciannove » oncie più bassa che sulla risaja. Da questi dati, e dalla esposta manie- » ra di prenderli, constava ad evidenza che le acque Gonzatti non era- » no obbligate alla Molinella, ma al tutto libere. Infatti l'anno scorso » deputatisi nuovamente dai due Governi ad esaminare il fatto e il no- » stro e l'ingegnere veneto, che erano succeduti nel carico ai loro ante- » cessori, conobbero con molto maggior criterio di quelli la verità, ed » in seguito delle loro osservazioni la risaja è stata rimessa nei suoi di- » ritti per pubblica autorità. Ho voluto esporre questo caso per indicare » la maniera con cui reggersi in simili incontri (2). »

(1) Il Principe di Trento *pro tempore* era in allora Signore di Castellaro, e annesso al titolo di Principe di Trento portava il titolo di Marchese di Castellaro. — (2) *Idraulica pratica ragionata*, Tomo III. Lezione XI. numero 4.

CAPO XVIII.

Osservazioni sull' esempio sovra esposto. Della cessazione dei Trattati risguardanti le acque dei territorii riuniti sotto lo stesso dominio.

§ 1008. Più cose si affacciano alla mente considerando questo racconto; ma io mi arresterò su due sole. Dobbiamo forse supporre che i due Governi passarono a sopprimere la risaja Gonzatti *prima* di avere verificato una cosa tanto palmare, visibile, e facile a provarsi, quale era quella, se lo scavo Gonzatti era stato aperto dentro la materiale *distanza* di cinquanta braccia dalle correnti contemplate nel Trattato? Possiamo noi supporre un sì enorme abuso, trattandosi specialmente di una risaja posta nel Marchesato di Castellaro, che non era di loro assoluto dominio? Ciò non è presumibile nè punto nè poco. In un affare di proprietà, nel quale, qualunque siano le persone interessate, lo spoglio senza difesa non è mai permesso, toccava sempre a chi asseriva la violazione di provarla, facendo constare che l'acqua fu scavata *entro* la distanza riservata dal Trattato di Ostiglia. Ma se dall'altra parte era vero che lo scavo era distante *quattro volte di più*, talchè il Gonzatti ricuperò il libero dominio della sua acqua e della sua risaja, egli è forza congetturare che i due Governi sieno stati ingannati dalle relazioni dei primi loro periti.

Ma quest' inganno non poteva derivare che da somma imperizia, o da mala fede; perocchè la differenza da cinquanta a duecento braccia è troppo enorme per poter rendere scusabile l'errore. Da quest' inganno, che provocò la soppressione temporanea di detta risaja, il Gonzatti dovette certamente risentirne grave danno. Ne fu egli risarcito? Io l'ignoro. Ma non posso ignorare che l'imperizia o il falso zelo di questi periti ha somministrato ai legislatori, ai consulenti, ai magistrati ed al pubblico una prova della necessità di sentire anche quelli della parte contraria, e anche dopo questa di non legar mai l'intima convinzione degli amministratori della giustizia.

§ 1009. Quale sarebbe oggidì lo stato legale di un simile affare? Essendo stati posteriormente riuniti sotto lo stesso dominio i due paesi, pei quali fu celebrato il Trattato di Ostiglia, egli cessò per ciò stesso di avere più alcun vigore. Per lo contrario i due territorii essendo stati assoggettati alle medesime leggi, caddero sotto l'impero del Codice Napoleone, e della legge 20 Aprile 1804 e 20 Maggio 1806, ed oggidì sotto quello delle dette leggi e del Codice universale austriaco. Lo stesso

deve dirsi quanto agli altri Trattati risguardanti le acque del Cremasco, Bresciano e Veronese, comunicanti colla Lombardia. *Res sua nemini servit.* Dopo la unione furono aboliti non solo i Trattati suddetti, ma gli Statuti, i Regolamenti e le consuetudini anteriori, per dar luogo ad una legislazione equa ed uniforme. Ciò che rimase intatto sono i diritti contrattuali privati, conformi al buon diritto e alla vera equità; e però tutte le costumanze vincolanti e lesive cessarono ad un tratto. Forse ci resta ancora un voto a fare; e questo è, che i possessori ed i patrocinatori conoscano ed apprezzino come si deve i benefizii loro compartiti dalle leggi, sotto le quali essi vivono.

§ 1010. Altre cose potrei dire sopra l'effezione dell'acquedotto, considerato ne' suoi rapporti della derivazione, dell'uso e dello scarico; ma l'economia di una dottrina teorica non mi permette d'estendermi a specificazioni, le quali competono solamente a punti di vista più particolari. Credo invece di soggiungere una classica decisione, la quale dichiara ancora sussistente una parte importante della legislazione in fatto di acquedotto, e più propriamente sul punto della effezione del medesimo. Piacesse al Cielo che le legislazioni pensassero a regolare gli *scoli* di irrigazione, come pensarono alle altre parti della economia delle acque! Io non pretendo con questo ch'esse debbano sottoporre a vincoli soverchianti la padronanza privata; ma solamente assegnare certe norme, onde prevenire e decidere molte controversie di non facile o almeno di non autorizzata soluzione.

CAPO XIX.

Dell' impero attuale della legge 20 *Aprile* 1804 *e del Regolamento* 20 *Maggio* 1806.

N.° 4883. SENTENZA

« Nella causa tra Giuseppe, Antonio e Luigi fratelli Sormani, attori
» patrocinati dall'avvocato Felice Berretta, ed il signor Marchese Cava-
» liere architetto Dott. Luigi Cagnola reo convenuto, difeso dall'avvocato
» Bussi, in punto che abbia a giudicarsi competere agli attori il diritto
» di condurre le loro acque, derivanti dalla testa di fontana esisten-
» te nei loro beni di Cernusco Asinario, Distretto IX. della Provincia
» di Milano, sotto ai numeri di mappa 392. 393. 394, di pertiche 59,
» tav. 16, censiti scudi 192. 4. 6, pel fondo posseduto dal reo con-
» venuto nel territorio di Pioltello, Distretto X. della Provincia di Mi-
» lano, su quel tratto di esso fondo che resta intermedio tra i summen-

» zionati fondi degli attori ai ripertati num. 392. 393. 394 sul territo-
» rio di Cernusco, e gli altri suaccennati fondi degli attori suddetti, esi-
» stenti nel territorio di Pioltello ai num. 124. 158. 312. 192. 198. 116.
» 164, ed essere per conseguenza obbligato il reo convenuto di lasciare
» aprire in tutti i suoi fondi il relativo cavo di condotta di tutte le
» acque, e sulla linea marcata in giallo nel tipo unito alla Petizione
» sotto la lettera A, e cadente sui pezzi di terra marcati coi numeri di
» mappa 10. 48. 55. 70. 68, ed in quell'altra linea che verrà fissata
» dai periti giudiziali come meno pregiudizievole ai fondi del ridetto
» convenuto, compatibilmente colla comoda derivazione di dette acque,
» e con tutti i riguardi di perizia e di pratica, essendosi gli attori offerti
» di pagare al reo convenuto il valore del terreno da occuparsi dal men-
» tovato acquedotto in ragione di stima da farsi dai periti, col 4.° di
» più; ritenuto in essi l'obbligo della manutenzione del cavo, delle sponde
» e degli edifizii, d'indennizzare il reo convenuto di qualunque danno
» che potesse derivare ai detti suoi fondi, coll'offerta pure di sottostare
» a qualunque spesa di perizia od altro, e di eseguire tutto quanto dai
» suddetti periti potrà essere ordinato a termine di legge e di pratica;
» pronti offrendosi anche gli esponenti medesimi di depositare, qualora
» il reo lo esiga, la somma verosimile del valore suddetto, ovvero di
» dargli una fidejussione solidale, salvo la rifusione dei danni in caso
» di opposizione. »

« Irruotolati gli atti il giorno 19 Settembre 1819. »

« L'Imperiale Regio Tribunale di prima Istanza civile in Milano ha
» giudicato e giudica competere agli attori il diritto di condurre le loro
» acque, derivanti dalla testa di fontana esistente nei loro beni di Cer-
» nusco Asinario, Distretto IX. della Provincia di Milano, segnati coi
» numeri di mappa 392. 393. 394, di pertiche 59, tav. 16, sul fondo
» del convenuto nel territorio di Pioltello, Distretto X. della Provincia
» suddetta, ed in quel tratto di esso podere che resta intermedio tra i
» summenzionati fondi d' essi attori ai riportati numeri di mappa 392.
» 393. 394 sul territorio di Cernusco, e gli altri suaccennati fondi de-
» gli attori medesimi, posseduti nel territorio di Pioltello sotto i nume-
» ri 124. 158. 212. 197. 198. 116. 164, ed in conseguenza essere
» obbligato il reo convenuto di lasciare aprire nei detti suoi fondi il re-
» lativo cavo di condotta delle acque, e sulla linea marcata in giallo nel
» tipo unito alla Petizione sotto la lettera A, segnato dall'ingegnere
» Brioschi, e sulla linea marcata in rosso sul tipo prodotto in risposta
» al n.° 3, segnato dall'ingegnere Stagnoli, a norma di quanto verrà

» dai periti giudiziali dichiarato per meno pregiudizievole ai fondi del
» convenuto, ed alla sorgente di ragione del medesimo, marcata nel
» tipo n.° 3 colla lettera B, compatibilmente colla comoda derivazione
» delle acque suddette, con tutti i riguardi di perizia e di pratica; ri-
» tenuto negli attori l'obbligo di pagare al reo il valore del terreno da
» occuparsi col mentovato cavo in ragione di stima da farsi dai periti
» medesimi, oltre il 4.° di più, a termini dell'articolo 52 della legge
» 20 Aprile 1804; e ritenuto pure nei predetti attori l'obbligo della
» perpetua manutenzione del cavo, delle sponde, degli edifizii, della rifa-
» zione di qualunque danno che potesse derivare ai detti suoi fondi, di
» sottostare alle spese di perizia, e di eseguire tutto quanto verrà in-
» giunto dai periti giudiziali da nominarsi come sopra ad istanza delle
» parti, a termini di legge e pratica. »

« Salvo nel resto alle parti medesime ogni altra ragione, se e come
» sarà di diritto. Condannato il convenuto al pagamento delle spese giu-
» diziali, che si moderano in lire cinquanta, nonchè al pagamento del-
» l'onorario della presente sentenza, da eseguirsi nel termine di giorni
» quattordici. »

« Milano dall'Imperiale Regio Tribunale Civile di prima Istanza li
» 11 Giugno 1819. »

Firm. Valsecchi Presidente.

N.° 4883. Motivi

« Della sentenza proferita dall'Imperiale Regio Tribunale di prima
» Istanza civile in Milano il giorno 11 Giugno 1819 nella causa tra i
» fratelli Sormani attori, e l'architetto Dott. Luigi Cagnola reo con-
» venuto. »

« Ritenuto che la domanda degli attori consiste propriamente nel
» punto che abbia a giudicarsi essere ad essi facoltativo di condurre le
» acque nascenti dal fontanile esistente nei loro fondi nel territorio di
» Cernusco, sopra gli altri loro fondi situati nel territorio di Pioltello,
» attraversando con cavo quelli di ragione del convenuto, e ciò in for-
» za della facoltà ed a termini della legge 20 Aprile 1804 e 20 Mag-
» gio 1806, salvo di far precisare dai periti la linea dell'acquedotto da
» farsi, onde abbia a scegliersi il luogo meno dannoso all'interesse del
» convenuto medesimo, a cui venne offerta la rifusione di tutti i danni,
» spese ed altro, a termini di legge e di pratica. »

« Ritenuto che a tale domanda il convenuto ha preliminarmente
» opposto l'abrogazione delle invocate leggi 20 Aprile 1804 e 20 Mag-

» gio 1806; secondariamente e pel caso che avessero a ritenersi tut» tora in vigore tali leggi, la mancanza negli attori della prova di essere » i legittimi proprietarii dei fondi, dei quali e pei quali intendevano » condurre le acque di cui si trattava nella loro domanda; e finalmente » nella via subordinata, che non avrebbe potuto accordarsi agli attori » di aprire il cavo marcato nella linea segnata in giallo nel tipo dimes» so A, delineata dall'ingegnere Brioschi, ma bensì che avrebbe dovuto » in ogni ipotesi eseguirsi nel luogo indicato dall'ingegnere Stagnoli, » come nel tipo dimesso in risposta sotto al n.° 3, o nel modo che dai » periti d'ufficio sarebbe stato indicato come meno pregiudizievole ai » fondi, alle ragioni, ed in ispecie alla conservazione ed all'uso del fon» tanile esistente sui detti di lui fondi, che nel tipo del nominato inge» gnere Stagnoli trovasi segnato colla lettera N. »

« Ritenuto in linea di fatto, che gli attori nella replica, in quanto » risguardava l'eccezione sul luogo e sul modo di aprire il cavo del quale » si tratta, onde avesse ad essere meno pregiudizievole ai diritti ed agli » interessi di esso reo, ebbero al § *la terza non esige* a dichiarare for» malmente che non poteva esservi contesa sulla linea da seguirsi per » la formazione dell'acquedotto suddetto, giacchè essi erano disposti a » riportarsi a quella che sarebbe stata indicata all'atto della esecuzione » dai periti giudiziali. »

« In merito osservato che il Codice Universale Austriaco, contem» plando quelle leggi civili che hanno unicamente di mira l'esercizio dei » privati diritti dei cittadini, non può in conseguenza ritenersi che colla » pubblicazione dello stesso il Legislatore abbia voluto ed inteso di abro» gare indistintamente tutte le altre leggi che da prima erano state ema» nate pel ben essere e per l'ordine economico dello Stato, in rap» porto ai diritti ed alle ragioni dei privati, giacchè tali sanzioni costi» tuiscono una parte distinta di Legislazione, comunque possa spettare » alla Magistratura giudiziaria di conoscere anche dell'applicazione di » queste ai singoli casi particolari. »

« Osservato che le leggi 20 Aprile 1804 e 20 Maggio 1806, come » tendenti a regolare i diritti dei privati in relazione all'interesse dello » Stato ed alla pubblica utilità, dovendosi pel surriferito riflesso, in man» canza di una espressa abrogazione, considerare pienamente in vigore, » esse appoggiano negli attori il riclamato diritto di condurre le acque » nascenti nel loro fondo sul fondo del terzo possessore, non ostante il » di lui dissenso, osservate però quelle cautele e prestate quelle inden» nizzazioni che sono di diritto e del caso. »

« Osservato che all'esercibilità del controverso diritto concorre al-
» tresì nel caso a favore degli attori l'estremo di essere essi medesimi
» i proprietarii dei fondi e delle acque che dagli stessi scaturiscono, co-
» me risulta dai documenti prodotti negli atti. »

« Osservato che la disputa elevata nella risposta relativamente al
» luogo in cui abbia a potersi praticare il ridetto acquedotto rimane
» tolta, come si è osservato dalle dichiarazioni degli attori emesse ne-
» gli atti, essendosi essi mostrati indifferenti a seguire, pel minor dan-
» no del reo, fra le linee marcate nei tipi prodotti in causa, quella che
» dai periti verrà giudicata più conveniente e regolare, colla prote-
» sta altresì d'essere disposti a sottostare a tutte quelle prescrizioni di
» legge e di pratica che dai periti potranno indicarsi, anche per impe-
» dire che un tale cavo abbia a portare un emungimento delle acque
» del fontanile marcato colla lettera N nel tipo Stagnoli. »

« Osservato che l'altra eccezione promossa dal convenuto all'ap-
» poggio delle precitate leggi, che non possa cioè aprirsi l'acquedotto
» in discorso nel luogo dagli attori indicato, per essere il fontanile, del
» quale vorrebbero estraere le acque, alimentato dal naviglio della Mar-
» tesana, riesce nella concreta tesi inattendibile del tutto, poichè non
» essendo menomamente provato che nelle acque di tale naviglio vi
» abbia una ragione qualunque il convenuto, si risolve quindi una simile
» difesa nell'azione del terzo, che in ogni caso non potrebbe competere
» che agli utenti del medesimo od alla pubblica rappresentanza, ove ne
» fosse interessata. »

« Ritenuto finalmente in linea di ordine, che la perizia indicata ne-
» gli atti non fu provocata in via di prova da esperirsi interlocutoria-
» mente a compimento della processura, ma unicamente come modo di
» esecuzione del giudicato da emanarsi. »

« Perciò il Tribunale è passato a giudicare come nella sentenza,
» condannando il soccombente al pagamento delle spese, di conformità
» al § 515 del Regolamento generale. »

N.° 26520. Sentenza.

« Dal Tribunale di prima Istanza. »

« L'Eccelso Imperiale Regio Tribunale d'Appello generale ha ab-
» bassato a questo Imperiale Regio Tribunale di prima Istanza, in data
» 3 Novembre del corrente anno, N.° 376, la seguente sentenza. »

« Nella causa vertente tra Giuseppe, Antonio e Luigi fratelli Sor-
» mani attori, ed il Marchese Cav. architetto Dott. Luigi Cagnola reo

» convenuto, in punto che sia giudicato competere agli attori il diritto » di condurre le loro acque, derivanti dalla testa di fontanile esistente » nei loro beni di Cernusco Asinario, Distretto IX. della Provincia di » Milano, sotto ai numeri di mappa 392. 393. 394, di pert. 59, tav. 16, » censiti scudi 192. 4. 6, pel fondo posseduto dal convenuto nel terri- » torio di Pioltello, Distretto X. della Provincia di Milano, in quel tratto » di esso fondo che resta intermedio tra i summenzionati fondi degli » attori ai riportati numeri 392. 393. 394, sul territorio di Cernusco; » e gli altri suaccennati fondi degli attori, esistenti nel territorio di Piol- » tello, ai numeri 124. 158. 212. 213. 197. 198. 116. 164, ed essere » per conseguenza obbligato il reo convenuto di lasciare aprire nei detti » suoi fondi il relativo cavo di condotta di dette acque, e sulla linea » marcata in giallo nel tipo unito alla Petizione sotto la lettera A, e ca- » dente sui pezzi di terra marcati coi numeri di mappa 59. 10. 48. 55. » 70. 68, od in quell'altra linea che verrà fissata dai periti giudiziali » come meno pregiudizievole ai fondi del ridetto convenuto, compati- » bilmente colla comoda derivazione di dette acque, e con tutti i riguar- » di di perizia e di pratica; essendosi gli attori offerti di pagare al reo il » valore del terreno da occuparsi col mentovato acquedotto, in ragione » di stima da farsi dai periti, col 4.° di più; ritenuto in essi l'obbligo della » manutenzione del cavo, delle sponde, degli edificii, e d'indennizzare » al reo convenuto qualunque danno che potesse derivare ai detti suoi » fondi; coll'offerta pure di sottostare a qualunque spesa di perizia od » altro, e di eseguire tutto quanto dai suddetti periti potrà essere ordi- » nato a termini di legge e di pratica, pronti offerendosi eziandio gli » esponenti medesimi di depositare, qualora il reo lo esiga, la somma ve- » rosimile di detto valore, ovvero di dargli una fidejussione solidale, » salva la rifusione dei danni in caso di opposizione. Essendosi tanto » dagli attori quanto dal reo convenuto interposta l'appellazione contro » la sentenza proferita dall'Imperiale Regio Tribunale di prima Istanza » in Milano nel giorno 11 Giugno 1819, cioè dagli attori in quella » parte soltanto con cui il reo convenuto Cagnola fu obbligato di lascia- » re aprire ne' suoi fondi il relativo cavo di condotta delle acque, di » di cui ivi si parla, sulla linea marcata in rosso col tipo prodotto in » risposta al n.° 3, segnato dall'ingegnere Stagnoli e dal reo convenuto » Marchese Cagnola ingegnere. »

» L'Imperiale Regio Tribunale d'Appello generale, riformando la » sentenza suddetta 11 Giugno 1819 nelle parti dal reo convenuto ri- » clamate, ha giudicato doversi assolvere, come assolve, lo stesso reo

» convenuto dalla domanda degli attori Sormani, diretta a far dichiarare » la competenza ad essi del diritto di condurre le proprie acque me» diante cavo per mezzo ai fondi nel territorio di Pioltello, di spettanza » del detto reo convenuto, ed obbligarlo in conseguenza a cedere loro » a tale effetto la quantità bisognevole di terreno, contro il pagamento » del suo valore e del quarto di più, e con gli altri riguardi e cautele » da prescriversi dai periti, e come in Petizione, compensate fra le parti » le spese del presente giudizio, e pagato da ciascuna delle medesime » per metà il salario di questa sentenza. »

« Di ciò si rende inteso il suddetto Tribunale di prima Istanza, per » l'intimazione da farsi alle parti, e si racchiudono gli atti coi motivi » del giudicato. »

» Questo Imperiale Regio Tribunale di prima Istanza civile fa in» timare la stessa sentenza alle parti suddette, ordinando che siano » rimessi gli atti della causa alle tasse, indi alla registratura. »

« Milano dall'Imperiale Regio Tribunale di prima Istanza civile li » 11 Novembre 1819. »

Firm. Valsecchi Presidente.

Sott. Stampa Segretario.

Motivi.

« Essendo appoggiata la domanda degli attori fratelli Sormani al » disposto coll'art. 52. della legge 20 Aprile 1804, richiamata colla suc» cessiva del 20 Maggio 1806, e riducendosi perciò tutta la questione » a vedere se tali leggi fossero ancora in vigore dopo l'attivazione nel » Regno Lombardo-Veneto del Codice Universale Austriaco, e all'epo» ca della domanda suddetta spiegata in Petizione 22 Maggio 1818, il » Tribunale d'Appello prese a considerare: »

« 1.° Che la Sovrana Patente 1815, posta in fronte al suddetto Co» dice, riferendosi all'altra del 1.° Giugno 1811, dichiara dovere il Co» dice medesimo, incominciando dal 1.° di Gennajo 1816, servire di » sola ed unica norma per tutte le Provincie spettanti al Governo di » Milano, in luogo di qualsivoglia altra legge e consuetudine relativa » agli oggetti del Diritto comune. »

« 2.° Che nel § 10 di detto Codice è sancito non potersi avere ri» guardo a consuetudini, se non nei casi ne' quali la legge ad esse si » riporta. »

« 3.° Che ugualmente nel § 11 vedesi sanzionato, che avranno forza » di legge quei soli Statuti delle singole Provincie e dei singoli Distretti,

» che dopo la promulgazione del detto Codice saranno stati dal Legisla-
» tore espressamente confermati. »

« 4.° Che in virtù della sovra citata Patente Sovrana 1.° Giugno
» 1811, a cui si ha relazione coll'altra 28 Settembre 1815, si manten-
» nero bensì in vigore le leggi per lo stato militare e per le persone ap-
» partenenti, le leggi mercantili e cambiarie, e le già promulgate in ma-
» terie politiche, Camerali e di Finanza; ma non i Regolamenti agrarii,
» nè concernenti acque e strade, nel cui novero tutt'al più si potreb-
» bero mettere le suddette leggi 20 Aprile 1804 e 20 Maggio 1806. »

« 5.° Che però tali leggi non sono qualificabili per politiche nel ve-
» ro e giusto senso, poichè precisamente e particolarmente concernono
» l'interesse privato e individuale dei cittadini, nè possono ravvisarsi
» politiche per la sola circostanza che indirettamente riguardino anche
» il bene pubblico, altrimenti non vi sarebbe legge che politica non si
» avesse a chiamare, avvegnachè tutte le leggi in astratto hanno di mira
» il pubblico vantaggio, e tendono alla prosperità generale. »

« Onde nel complesso delle suddette osservazioni il Tribunale di
» Appello ha creduto abbastanza fondato il ritenere, che con la pubbli-
» cazione ed osservanza del Codice Universale Austriaco abbiano cessa-
» to di essere operative le dette leggi 20 Aprile 1804 e 20 Maggio 1806,
» anche senza un'apposita deroga alle medesime, *et ex eo* soltanto, che
» non venissero dal Sovrano espressamente confermate dietro la pub-
» blicazione del Codice nuovo. »

« Si è riflettuto inoltre, che non sarebbe consentaneo al § 354 del
» rammentato vegliante Codice l'obbligare un proprietario a spogliarsi
» della sua proprietà, sebbene innocuamente; nè la dizione *di regola*,
» che s'incontra nel § 362, è per sè sola bastante a ridurre l'obbligo
» suddetto nei casi di limitazione ed eccezione del Codice stesso, non
» espressamente contemplati, com'è quello in discorso; d'altronde col
» voler trarre una servitù legale per solo comodo ed utilità privata, co-
» me si farebbe col sottoporre un padrone a dover cedere il proprio
» fondo ad un terzo per la derivazione e condotta delle sue acque, si
» urterebbe ancora di più nel disposto del § 480, che non ammette se
» non la servitù stabilita o per contratto, o per testamento, o per sen-
» tenza, od in forza della prescrizione. »

« In fine si ebbe pure sott'occhio, che se è vero, com'è verissimo, il
» teorema, che *exceptio firmat regulam in contrarium*, si può dedurre
» dalla disposizione del § 365 del detto Codice un argomento chiaris-
» simo per escludere il diritto dagli attori preteso, mentre nel detto pa-

» ragrafo si fissa il dovere nei singoli sudditi di cedere la loro piena » proprietà, quando l'utile pubblico lo esiga. Dunque allorchè trattasi » di solo vantaggio particolare, come in concreto, sta la massima desunta » dal § 364, che nessuno possa essere astretto a privarsi della cosa sua. »

« Conseguentemente a tali riflessioni, il Tribunale è passato a de- » cidere come nella relativa sentenza. »

« Conforme all'originale. »

« Sott. *f. f.* di Direttore della Spedizione. »

« Per copia conforme. Sott. Galeazzi Segr. — N.° 21143. »

« L'Eccelso Imperiale Regio Tribunale d'Appello generale ha ab- » bassato a questo Imperiale Regio Tribunale di prima Istanza civile, » in data dei 30 spirato Agosto, al N.° 7532, il seguente Aulico »

Decreto.

« Nella causa vertente fra Giuseppe, Antonio e Luigi fratelli Sor- » mani attori, ed il March. Cav. architetto Dott. Luigi Cagnola reo con- » venuto, in punto di competenza negli attori di condurre le loro acque » nei fondi del reo convenuto per irrigare i proprii beni nel territorio » di Cernusco Asinario. »

« Avendo gli attori interposta la revisione contro la sentenza appel- » latoria 3 Novembre 1819, riformatoria nella parte riclamata di quella » del Tribunale civile di prima Istanza in Milano 11 Giugno 1819, » N.° 4883. »

« Visti ed esaminati gli atti. »

« Sua Maestà con Aulico Decreto 17 corr. Agosto, N.° 1799, ha » confermata la sentenza 11 Giugno 1819 del Tribunale civile di prima » Istanza in Milano, compensate fra le parti le spese dei tre giudizii. »

« Di ciò si rende inteso codesto Tribunale, per l'intimazione da farsi » alle parti. Si acchiudono gli atti, e si unisce in copia la specifica delle » relative tasse per l'esazione, e rimessa la somma all'Ufficio delle tasse » di questo Appello. »

« Questo Imperiale Regio Tribunale, eseguendo quanto viene su- » periormente prescritto, fa intimare lo stesso Decreto alle parti sud- » dette, ordinando che siano rimessi gli atti all'Ufficio delle tasse per » gl'incombenti in esso Decreto ingiunti, indi alla registratura per tutti » gli effetti di ordine. »

« Milano dall'Imperiale Regio Tribunale di prima Istanza civile li » 5 Settembre 1820. »

« Firm. Valsecchi Presidente. »

Osservazioni.

§ 1011. Qual' è la prima osservazione che risulta dal testo definitivo di queste decisioni? Che la legge 20 Aprile 1804 ed il Regolamento 20 Maggio 1806 si debbono ritenere in attuale vigore oggidì come nel cessato Regno d' Italia. Siccome poi abbiamo già osservato che il Codice civile universale adottò la distinzione delle acque pubbliche dalle private, nel modo stesso che fu stabilito dal Codice Napoleone; così ne viene la conseguenza, che la legislazione civile ed economica in punto di acque continua tuttora come fu anteriormente introdotta.

La seconda osservazione poi è, che l'ultima suprema decisione avendo confermata la sentenza di prima Istanza, appoggiata ai surriferiti motivi, concorda perfettamente colle massime da noi esposte al principio di questo Volume. Specialmente poi canonizza il criterio legale, onde distinguere la legge puramente civile, ossia di privato diritto, dal politico regolamento, detto altrimenti amministrativo. E qui non posso a meno di far osservare, che ben considerando i motivi del Tribunale d' Appello, esso aveva sott' occhio appunto questo criterio, che poteva servire di mezzo termine per confermare la sentenza di prima Istanza. Egli osservò non essere consentaneo ai principii della privata padronanza l' *obbligare un proprietario a spogliarsi della sua proprietà, sebbene innocuamente*. L'osservazione era giustissima; ma appunto in forza di questa osservazione ne veniva la necessaria conseguenza, che se la legge 20 Aprile 1804 ed il Regolamento 20 Maggio 1806 andarono contro questa massima, essi non si potevano riguardare come semplici leggi civili o regolamenti disciplinari relativi, ma come vere politiche amministrative provvidenze. Lo ripeto: tutto ciò che non nasce dai rapporti della individuale scambievole uguaglianza e indipendenza di diritto, ma che trae la sua AUTORITÀ ed il suo motivo dalle viste di comune e sociale convivenza, porta l' impronta decisiva e caratteristica di politico regolamento, ossia di legge amministrativa. Si noti bene: qui non si accenna semplicemente un motivo generale e finale, ma si accenna la *fonte di autorità*, dalla quale emana la disposizione medesima. L' *auctoritas juris* forma il primo criterio. L' intento finale, cioè l' utile comune, può bensì essere appropriato anche ai civili dettami; ma questo non somministra il criterio per distinguere una specie di legge dall'altra. Come àvvi un' *auctoritas juris privati*, ossia una padronanza di diritto, la quale forma la sorgente di tutti gli altri; così pure àvvi un' *auctoritas juris publici*, ossia una padronanza complessiva sociale, che

non si potrebbe trovare in alcun privato individuo, e per la quale nascono e s'impongono doveri che sarebbe impossibile autorizzare coi soli rapporti della privata eguaglianza ed indipendenza.

§ 1012. Il caso ossia il ramo sul quale versarono le ora riportate sentenze, sebbene sia particolare, ciò non ostante per la sua massima e per la sua applicazione diviene generale, e può coll'autorità delle cose giudicate riconfermare il criterio filosofico da noi esposto nel principio del presente Volume, e ripetuto in queste osservazioni.

La chiave maestra tanto in siffatte quistioni, che in quelle di *diritto transitorio* (nelle quali si tratta di non fare retroagire le leggi), consiste nel distinguere i diritti NATIVI dai DATIVI, vale a dire quelli che l'uomo individuo *porta* con sè da quelli ch'egli *riceve* dall'associazione. Ciò che dicesi dei DIRITTI si deve dire anche dei doveri.

LIBRO IV.

DELLA RAGIONE DIRETTIVA RISGUARDANTE LA CONSERVAZIONE DELL' ACQUEDOTTO SECONDO LE ULTIME LEGISLAZIONI.

CAPO I.

Oggetto di questo Libro.

§ 1013. Abbiamo veduto come si *acquisti* e *stabilisca* l'acquedotto. Veggiamo ora come si *conservi*. L' argomento della *conservazione* dell'acquedotto dev' essere prefinito e qualificato prima d' ogni altra cosa, perchè presenta una folla d' idee, parecchie delle quali non potrebbero entrare nella nostra trattazione. Prima di tutto fo osservare che la *conservazione* dell' acquedotto, quale potrebbe essere oggetto dei fabbri o costruttori, non forma propriamente l' argomento delle nostre disquisizioni. Noi parliamo del solo DIRITTO, e non del fatto materiale. Questo fatto non cade in considerazione che per la sua parte *interessante* il vicendevole esercizio dei diritti privati.

§ 1014. Ognuno sa *essere impossibile usare di una cosa, se essa non viene conservata*. Le funzioni della fisica conservazione sono dunque condizioni dell'uso. Queste funzioni vengono contemplate dalle leggi. Tal è, per esempio, il diritto di purgare e ristaurare il rivo, di riparare, munire e cautelare le bocche di erogazione, e di praticare altre opere conservatorie e tutelari. Ma se esaminiamo il senso nel quale tali opere sono considerate dalle leggi, ci avvediamo ch'esse vengono contemplate sì per dichiarare il diritto *esecutivo* dell' utente, che per indicare un modo necessario a *conservare* il diritto quesito della servitù. Il privato pensa di conservare per godere; il legislatore vi pensa per pareggiare tra i privati l'utilità mediante l' inviolato esercizio della comune libertà.

§ 1015. Questo non basta ancora. Tutto quello che può *spegnere* il diritto d'acquedotto, cade necessariamente sotto l'argomento della conservazione, appunto a fine di prevenire le cause dell' estinzione della servitù. Ciò non ostante non tutte le cause che possono far *cessare* la ragione dell'acquedotto meritano una discussione ragionata, ma quelle soltanto che possono derivare dal fatto *volontario* degl' interessati. Dico *degl' interessati*, per indicare che le nostre ricerche debbono ris-

guardare gl'interessi di tutte le parti, e non limitatamente quelli o del dominante, o del serviente, o del dispensatore dell'acqua. In questo senso le cause *volontarie*, che fanno cessare la servitù o l'obbligo della prestazione dell'acqua, meritano una speciale discussione, perchè variano i modi coi quali le leggi attribuiscono i *titoli legali*, pei quali obbligato, gli acquistano il diritto di libertà.

§ 1016. E perchè meglio si comprenda il vero tenore e i distinti confini dell'argomento, conviene osservare che le CAGIONI che possono spegnere la ragione dell'acquedotto, quali furono contemplate dalle ultime legislazioni, si possono ridurre a *due classi* principali. La prima comprende le *cause di forza maggiore*, non imputabili all'uomo; la seconda poi abbraccia le *cause consensuali*, le quali dipendono appunto dalla volontà delle parti medesime. Precisamente a questa classe di titoli si concentra la maggior cura della nostra trattazione.

§ 1017. Per procedere dal semplice al composto, incomincio a parlare dei modi coi quali, secondo le leggi, *si perde* il diritto di servitù. Conoscendo questi modi, ciascuno comprenderà da quali atti si debba *astenere* per conservare il suo diritto. Ma potrà forse bastare questa cognizione onde prevenire la perdita del diritto? Io credo che si debbano conoscere anche gli atti di chi tenta ricuperare la libertà. Badate bene: io non parlo della conservazione *materiale* dell'acquedotto, ma solo della *giuridica*; io parlo di *principii*, e non di *applicazioni*. In conseguenza conviene esaminare certi fatti sì del dominante che del serviente. Dico *certi fatti*, per indicare che qui non si parla dei *patti* espressi, con cui fra il dominante ed il serviente si opera la *liberazione* della servitù; ma solamente di quegli atti sì positivi che negativi, pei quali è lecito presumere o un volontario *abbandono* per parte del dominante, o una tacita *acquiescenza* di lui agli atti contrarii di tentata o protestata libertà, praticati dal serviente.

In tutti questi casi si eseguisce realmente l'applicazione dei principii della *prescrizione*. Conosciuti tali fatti, quali furono qualificati dalla legge, si conoscono le cause *perimenti* della servitù dell'acquedotto. I *rimedii* contrarii appartengono alla dottrina delle cause *conservanti*. L'esame di amendue queste cause forma l'argomento del presente Libro.

SEZIONE I.

Delle cause perimenti l'acquedotto.

CAPO II.

Esposizione delle cause per le quali si può perdere la ragione dell'acquedotto, secondo le ultime legislazioni.

§ 1018. Le cause, per le quali si può perdere un diritto di servitù, sono state stabilite dalle leggi. Io ne offro immediatamente il prospetto unito, per indi trascegliere ciò che concerne il nostro argomento. Incomincio dalle disposizioni del Codice Napoleone. « Le servitù cessano » quando le cose si trovano in uno stato tale, per cui non se ne possa » più far uso (art. 703). — Tornano ad aver luogo, se le cose sono ri- » stabilite in modo da poterne usare; eccetto che sia trascorso uno spa- » zio di tempo bastante a far presumere estinta la servitù, come all'ar- » ticolo 707 (art. 704). — Qualunque servitù si estingue riunendosi in » una sola persona la proprietà del fondo dominante e quella del fondo » serviente (art. 705). — La servitù è estinta col non uso pel corso di » trent'anni (art. 706). — I trent'anni cominciano a decorrere, se- » condo le diverse specie di servitù, o dal giorno in cui si è cessato » d'usarne, se si tratti di servitù discontinue; o dal giorno in cui si è » fatto un atto contrario alla servitù, se trattisi di servitù continue » (art. 707). — Il modo della servitù può prescriversi come la servitù » medesima, e nella stessa maniera (art. 708). — Se il fondo dominante » appartiene a più persone in comune, l'uso fattone da alcuna di esse » impedisce la prescrizione riguardo a tutte (art. 709). — Se fra i com- » proprietarii vi è alcuno, contro cui non abbia potuto decorrere la pre- » scrizione, come un minore, questi conserverà il diritto di tutti gli al- » tri (art. 710). »

§ 1019. A completo schiarimento di queste disposizioni giova riportare alcuni tratti del Relatore del Tribunato nella seduta del 7 piovoso, anno 12.

« La ragione sola suggerisce (dic'egli) che le servitù debbono ces- » sare allorchè le cose si trovano in un tale stato, che non si possa più » usare delle medesime; e se questo stato venisse a cangiare, e se le » cose fossero ristabilite in maniera che si potesse usarne di nuovo, la » ragione suggerisce che le servitù debbono rivivere di nuovo. »

» Ma la libertà naturale dei fondi reclamerebbe contro l'effetto di » questo ritorno allo stato primitivo, s'egli potesse aver luogo dopo un » lasso di tempo indefinito, e non avere altro termine che quello di que- » sto possibile ritorno. Per la qual cosa con tutta giustizia il Progetto » dichiara, che la servitù non può più rivivere allorchè è trascorso uno » spazio di tempo sufficiente per far presumere l'estinzione della servitù. » Questo tempo è quello accennato nell'art. 707. »

§ 1020. Da tale esposizione, risguardante la prima classe delle cause perimenti le servitù, che denominammo *di forza maggiore*, sorge la regola espressa appunto nell' art. 704, vale a dire che il ristabilimento delle servitù estinte per forza maggiore ha luogo solamente quando lo stato dei fondi o delle cose venga ristabilito entro il corso di trent'anni, e non oltre. Passiamo ora alle cause dipendenti dalla *volontà* delle parti interessate. Qui il detto Relatore prosegue dicendo:

« Ella è del pari cosa naturale che l'estinzione della servitù venga » effettuata allorchè i fondi ai quali essa è dovuta, e quello che la deve, » vengono a *riunirsi* nelle stesse mani. Imperocchè il padrone di due » fondi non ritrae più da ognuno dei medesimi a titolo di servitù i ser- » vigi che gli possono rendere, ma bensì li ritrae soltanto a titolo di pro- » prietà. Il solo caso che può fare eccezione a questo principio fu già » esposto di sopra. »

§ 1021. Non occorrono ulteriori spiegazioni sopra questo punto, specialmente dopo le cose che furono da noi esposte circa questa causa, per la quale cessa da sè stesso il diritto ed il rispettivo obbligo della servitù. Solamente giovami ricordare, che le leggi hanno notato che anche colla espressa remissione dell' obbligo suddetto viene estinta la servitù; locchè non importa alcuna difficoltà, per il noto principio: *Per ea quae fiunt, per ea et dissolvuntur.*

§ 1022. Per ultimo il detto Relatore conchiude col seguente passo:

« Le servitù sono finalmente estinte del tutto col *non uso* durante » trent'anni; e questi trent'anni cominciano a decorrere, in forza del- » l'art. 707, secondo le diverse specie di servitù: vale a dire, allorchè si » tratta di servitù discontinue, dal giorno dal quale taluno ha cessato di » goderne; allorchè poi si tratta di servitù continue, dal giorno in cui » fu praticato un atto contrario alla servitù. » — Su questa parte dovremo appunto più specialmente occuparci nella presente Sezione.

§ 1023. Coll'esporre le disposizioni del Codice Napoleone abbiamo in sostanza accennato anche quelle del Diritto romano, tranne alcune subalterne provvidenze utilissime per la pratica.

Ecco le cause perimenti del Diritto romano, distribuite secondo le due classi.

Classe I. *Per fatto della natura.* Ciò viene espresso collo stato della cosa, per cui non se ne possa più far uso. — A questa causa perimente la servitù si allude nelle seguenti leggi: cioè: Leg. 14. e leg. 15. Dig. *Quemad. servit. amit.* Leg. 23. e leg. 24. Dig. *Quibus modis usufructus amittatur.*

Risorgimento della servitù quando la cosa sia ristabilita in modo da poterne usare. Leg. 20. § 2. Leg. 31. 33. Dig. *De servit. praed. urb.* Leg. 35. Dig. *De servit. praed. rustic.* Leg. 14. leg. 18. 55. ult. *Quemad. servit. amit.*

Niun limite di tempo era apposto nel Diritto romano a questo risorgimento, e però per fatto della legge pareva che tale diritto fosse partecipato anche alla posterità.

Classe II. *Per fatto dell'uomo.* Queste cause si riducono a due titoli: il primo è la *confusione* o *consolidazione*; il secondo il *non uso*. Quanto alla *confusione*, essa s'intendeva operata allorchè tanto il fondo dominante, quanto il serviente, cadevano sotto lo stesso pieno dominio di un solo proprietario. A ciò si riferiscono le seguenti leggi. Leg. 1. Dig. *Quemad. servit. amittantur*, congiunta alla legge 5. *Quemad. usufructus petatur.* Leg. 26. leg. 30. Dig. *De servit. praed. urb.* Leg. 27. leg. 33. in fine Dig. *De servit. praed. rustic.* Leg. 7. leg. 10. in fine Dig. *Comm. praed.*

§ 1024. Quanto poi al *non uso*, troviamo una successiva varietà, secondo le riforme fatte in punto di prescrizione. Posta la distinzione fra le servitù *continue* e le *discontinue*, giusta il vero e naturale senso da noi spiegato (Parte I. Libro III. Capo V.), fu in ultimo stabilito che le *continue* si estinguessero col *non uso* di dieci anni fra i presenti, e di venti fra gli assenti. (Vedi la legge 3. § ult. *De usurp. et usucap.*, congiunta colla legge penult. Cod. *De servit. et aqua.*) Rispetto poi alle *discontinue*, fu stabilito che si estinguessero col decorso d'un tempo *doppio* di quello che fu indetto alle *continue.* (Vedi la legge ult. Cod. *De servit. et aqua.*)

A maggiore illustrazione della servitù col *non uso*, e quindi della tacita consensuale *remissione* della medesima, e del conseguente diritto di *libertà*, che viene acquistato dal fondo assoggettato, cadono in acconcio le teorie esposte nel Libro antecedente. Quanto poi alla prescrizione di questa *libertà*, ed al *modo speciale* al quale le leggi vollero annettere la ricupera di questa libertà, noi ne discorreremo tantosto.

§ 1025. Ora passiamo a vedere, circa l'argomento dell'estinzione della servitù, quali siano le disposizioni del Codice austriaco.

« In generale le servitù finiscono negli stessi modi coi quali cessano » in genere i diritti e gli obblighi, secondo i Capitoli III. e IV. della » Parte III. » (§ 524) (1).

« La servitù s'interrompe, se perisce il fondo serviente o dominan- » te; ma quando il fondo o l'edificio viene restituito allo stato primiero, » la servitù riacquista il suo precedente vigore » (§ 525) (2).

« Quando si riunisca in una sola persona la proprietà del fondo » serviente e del fondo dominante, cessa da sè la servitù. Che se uno » di tali fondi riuniti venga di nuovo alienato senza che la servitù fra » questo tempo sia stata cancellata dai libri pubblici, il nuovo posses- » sore del fondo dominante ha diritto di esercitarla » (§ 526).

« Se il possessore della servitù ha potuto o dai libri pubblici, o in » altro modo conoscere il diritto meramente temporaneo di quello che » l'ha costituita, o il tempo a cui era limitata, passato questo tempo la » servitù cessa *ipso jure* » (§ 527) (3).

« La servitù conceduta ad alcuno sino al tempo in cui un terzo sia » giunto ad una certa età, non cessa se non al tempo determinato, an- » corchè il terzo sia morto prima dell'età stabilita » (§ 528).

A compimento delle disposizioni positive di quel Codice ecco il § 1488. « Il diritto di servitù si prescrive col *non uso*, se la parte ob- » bligata si è opposta all'esercizio della servitù, e quegli cui competeva » non ha esercitato il suo diritto per tre anni continui. »

Conchiudo colla disposizione del § 1486: « La regola generale, per » cui si dichiara estinto un diritto pel *non uso*, soltanto dopo trascorsi

---

(1) Nel Capo III. suddetto si accenna: 1.° il pagamento; 2.° la compensazione; 3.° la rinunzia; 4.° la consolidazione; 5.° il deperimento della cosa; 6.° la morte; 7.° il lasso del tempo. — Di tutte queste cause all'estinzione della servitù perpetua dell'acquedotto non sono applicabili che la 3., la 4., la 5. e la 7. Allorchè poi la servitù è d'inerenza *personale*, è applicabile la 6. Di ciò abbiamo già ragionato nella Parte I. Quanto al tempo ne diremo più sotto.

(2) Con questa disposizione viene aggravato eternamente un fondo *possibile*, che può riprodursi anche dopo trent'anni.

(3) I diritti e i doveri sono risultati dei veri e reali rapporti delle cose, e non della mera opinione. Dunque se la servitù era temporanea, cessando la causa, deve cessare l'effetto. Uffizio della legge è di proteggere la verità e la giustizia, e di soccorrere il privato. Dunque se dai pubblici registri consta che la servitù è estinta, essa deve essere riconosciuta tale anche dalla legge. Pare poi che dopo la cognizione della cessazione della servitù, accompagnata dalla pazienza dell'uso di lei, dovrebbe riprodursi la stessa servitù per tacito consenso e per prescrizione. Allora alla prima estinta succede la seconda, fondata sulla tolleranza, sempre chè concorrano i caratteri della notorietà e della spontaneità.

» trenta o quarant' anni, deve applicarsi solamente a quei casi pei quali » la legge non istabilisce un altro termine più breve.

§ 1026. In conseguenza di questa regola universale, combinata cogli altri articoli, nel *non uso* della servitù di acquedotto si debbono considerare due casi. Il primo, che sia intervenuta opposizione per parte del padrone del fondo serviente, e che il padrone del fondo dominante abbia desistito per tre anni continui dall' esercitare la detta servitù. Il secondo caso poi è quello di non aver usato della servitù pel corso intiero stabilito alla prescrizione dei diritti. Con questi due modi, secondo il Codice austriaco, viene estinta la servitù di acquedotto mediante il *non uso* del padrone del fondo dominante, o, a dir meglio, del possessore del diritto di acquedotto.

Premesse tutte queste disposizioni di autorità, passiamo ai confronti, agli schiarimenti, ed alle quistioni di ragione.

CAPO III.

Osservazioni particolari sull' estinzione dell' acquedotto operata da forza maggiore naturale, e sul rispettivo risorgimento in conseguenza delle tre legislazioni suddette.

§ 1027. Ravvicinate queste leggi, che cosa rileviamo noi? Quanto alle cause di *forza maggiore*, troviamo che la massima di far cessare la servitù è *identica* in tutte tre le legislazioni. Ma questa identità generica viene lasciata, rispetto al *risorgimento* della servitù, senza alcuna limitazione tanto nella legge romana, quanto nel Codice austriaco; dimodochè se in qualunque tempo il fondo serviente, o almeno un surrogato del medesimo, rendesi capace della primiera servitù, questo deve sopportarla, o almeno rivestirla, come se vi fosse imposta con un recente apposito atto consensuale. Nel Codice Napoleone per lo contrario il risorgimento della servitù non si può verificare se non nel caso che la cosa assoggettata, od il suo surrogato prodotto dalla natura, si formi prima che siano trascorsi i trent' anni. Questa disciplina è tutta propria del Codice Napoleone; talchè nella successione delle legislazioni può somministrare una quistione di diritto transitorio.

§ 1028. Ma, per verità, qual' è la funzione eseguita dalla legge nel caso della mutazione del fondo soggetto, e della rispettiva incapacità a prestare la servitù stabilita? Prima di tutto osservo, che qui si tratta di un caso di *forza maggiore* non imputabile a veruna delle parti interessate. Dall' altra parte è certo che la servitù costituita *si limita* così alla

località in cui fu fissata, che tutte le parti del fondo furono riconosciute e dichiarate dalla legge come intieramente libere. Pertanto col dichiarare spenta la servitù in conseguenza dell' incapacità prodotta dalla stessa natura, la legge non attribuisce nulla del suo, ma non fa altro che *dichiarare* cessato un diritto sopra un oggetto rapito dalla stessa natura.

§ 1029. Forse si dirà che la legge con questa dichiarazione da una parte volle tranquillare il padrone del fondo serviente contro la domanda del dominante di accordargli d' *imporre* ossia di *trasportare* la stessa servitù sopra un *altro luogo* capace a sopportarla; dall' altra parte poi volle togliere la questione che poteva insorgere sulla sorte delle altre parti del fondo affetto da servitù, dopochè l' uso unico della medesima erasi reso impossibile. Plausibile è il primo motivo, almeno per togliere una lite, la quale per altro avrebbe potuto essere facilmente decisa anche da un giusto tribunale, perchè essendo *limitata* la servitù a quel *dato* luogo, e non ad un altro, rendesi necessario (per trasportarla altrove) una nuova condizione, la quale in ultima analisi si risolve in una vera *costituzione nuova* di servitù. Il motivo plausibile che noi accenniamo nasce dalla natura stessa delle cose; dimodochè nella locuzione delle leggi, le quali dichiarano che perito il fondo, perisce anche la servitù, altro non dobbiamo leggere fuorchè la disposizione, che perito il fondo serviente, ossia meglio il luogo preciso sul quale gravitava la servitù, il padrone del fondo serviente non è altrimenti tenuto a surrogarvi un altro luogo, comunque opportuno a sopportare la servitù stessa. Fingiamo dunque il caso che il padrone di un fondo confinante ad un fiume avesse ceduto ad un altro il diritto di costruire un cavo parallelo al fiume medesimo. L' impeto del fiume, sia istantaneamente, sia per mezzo di corrosioni, porta via il terreno frapposto tra il cavo ed il fiume, ed in fine anche o tutto il cavo, o tutta la parte delle sponde che guardavano verso il fiume medesimo. Ecco che allora rendesi *impossibile* la condotta delle acque per mezzo del detto cavo. Qui è manifesto che la servitù imposta al fondo suddetto cessa; dimodochè se il cavo fosse incominciato anche molto al di sopra, e continuasse anche molto al di sotto della stessa corrosione, il fondo diventa *libero* in ambedue queste parti, malgrado che ivi sussista la materiale costruzione dei due tronchi del cavo medesimo. Se voi domandate la ragione di questa conclusione, essa nasce dalla *individualità* del diritto di servitù, in forza della quale o tutto esiste, o tutto perisce. Ciò è d' essenza della servitù, come sopra si è dedotto. Questa unità viene determinata dall' *uso finale*, e dall' ufficio che deve prestare tanto l' acquedotto, quanto qualunque

altra servitù prediale. Ma dall'altra parte se la condizione delle cose è tale, che quest'ufficio non si possa più prestare, ne viene la necessaria conseguenza, che cessa tanto il *motivo*, quanto il *titolo legale* della servitù imposta. Dunque le parti che si facevano servire a questo fine rimangono per sè *libere* per la evidente ragione, ch'esse in tanto erano affette da servigio, in quanto appunto concorrevano *solidalmente* ed *indivisibilmente* ad effettuare l'ufficio suddetto, e nulla più.

§ 1030. Qui per ora non voglio entrare nella subalterna questione, a chi possa *appartenere* la *proprietà* del terreno sul quale esistono i due tronchi deserti che sopravanzarono del cavo suddetto. Tale ispezione non appartiene al nostro argomento; dall'altra parte essa formerebbe una digressione estranea alla presente trattazione. Una più importante quistione si potrebbe agitare, ed è: se nel caso di *minaccia* del fiume contro il terreno nel quale esiste il cavo, il padrone del cavo stesso possa obbligare il padrone del fondo a *riparare*, per quanto si può, le ripe, onde allontânare la corrosione minacciante, o almeno si abbia diritto di farlo *concorrere* con lui alla costruzione delle opere necessarie per far fronte a siffatta corrosione minacciante il detto cavo. Non è qui il luogo opportuno per trattare questa particolare quistione, la soluzione della quale dipende dalla plenaria cognizione della dottrina teorica. Dunque basta averla accennata per tenerne conto. Per ora ufficio nostro è di esporre i principii fondamentali risguardanti la dottrina direttiva, e non di anticipare immature discussioni.

§ 1031. Dopo che il fiume portò via il terreno suddetto, o troncò il corso dell'acquedotto, avviene il caso che a bel bello si allontana dal luogo corroso, e lascia successivamente dei sedimenti ed un terreno di alluvione, dimodochè si può di nuovo ristabilire il tronco del primo cavo distrutto. Si domanda se il padrone dell'*antico* cavo da lui abbandonato possa farlo ricostruire di nuovo secondo la prima misura e la prima costruzione.

A tale quistione o si vuole rispondere a tenore del Codice Napoleone, oppure si vuole rispondere a tenore delle leggi romane e del Codice austriaco. Se a tenore del Codice Napoleone, conviene usare una distinzione. O l'alluvione capace a sopportare il cavo si è formata *prima* di trent'anni dall'epoca in cui il cavo fu posto fuori d'uso, o *dopo* i detti trent'anni. Se prima, il padrone dell'acquedotto può *ristabilire* in pristino le cose; se *dopo*, non può più farlo. Se poi si voglia rispondere a tenore delle leggi romane e del Codice austriaco, si deve rispondere affermativamente, senza alcuna distinzione di tempo.

1032. Ma qui insorge una difficoltà quanto all'*esecuzione*. Con questa spaventosa eternità del diritto di risorgimento (la quale non può certo essere indotta che dal solo ministero della legge) sarà sempre vero che il pretendente dell'acquedotto, dopo che col corso dei secoli perì qualunque traccia e qualunque memoria della ubicazione, della forma e dell'estensione del preteso suo cavo, dovrà certamente *far constare appuntino* dello stato primitivo di esso, e della rispettiva distanza da certi punti fissi e noti del fondo serviente superstite. Ciò non potrebbe risultare che da una mappa autenticata e corroborata, sia dalla ricognizione del padrone del fondo serviente, sia da sentenza giudicata, e passata in giudicato. Qui la prova volgare testimoniale sarebbe inutile, e molte volte impossibile. Inutile, perchè mancante di precisione; impossibile poi molte volte, perchè oltrepassato il periodo ordinario della vita individuale, non si potrebbe trovare più nessuno che si potesse rammentare l'*esistenza*, l'*ubicazione*, la *capacità* e la *forma* del preesistente acquedotto. A che dunque ridurrebbesi la cosa, fuorchè ad un documento autentico ed indubitato, dal quale risultassero le suddette particolarità? Questo documento non potrebbe essere fuorchè un bene esteso istromento del primitivo contratto, il quale potesse fare l'ufficio d'una lucida e particolareggiata mappa; indi accompagnato da prove indubitate, essere stato ridotto ad un' esatta ed invariata esecuzione. Ciò che diciamo del primitivo istromento così fiancheggiato, si dovrebbe pur dire di qualunque altro documento autentico e comprovante. Tale sarebbe un giudicato irrefragabile, somministrante tutti i lumi necessarii per precisare le suddette qualità. Senza di ciò mancherebbero le prove necessarie pel legale ristabilimento della figurata servitù di acquedotto.

1033. Per la qual cosa nella indefinita riabilitazione, sanzionata dal Diritto romano ed austriaco, si vede quanto rendasi difficile l'esecuzione del ristabilimento delle servitù, quando questo venga protratto oltre il limite di trent'anni. Sfidare in eterno la possanza del tempo è certamente cosa superiore all'umana potenza. Ma se dall'altra parte tutti gli affari civili riposano e si aggirano unicamente sul potere delle *prove* autentiche ed indubitate, talchè fuori della sfera del diritto probatorio non v'è più nè sicurezza nè vero diritto praticabile fra gli uomini viventi in società; egli è per sè manifesto che in grazia di qualche caso rarissimo, nel quale si fossero conservati e si potessero far valere senza sospetto i documenti autentici e luminosi, dei quali abbiamo fatto parola, non valeva la pena di rendere eterno il diritto di far risorgere la servitù, segnatamente a fronte delle difficilissime liti che questa eternità può pro-

vocare, e dell'agitazione nella quale può tenere circa la libertà e quindi sul valore dei fondi campestri. Quindi l'interesse *sociale* ed universale, che suggerì le *prescrizioni* perentorie, suggerisce pure sotto altro aspetto d'imporre un limite al risorgimento di siffatte servitù perite per forza maggiore, e che per forza maggiore non poterono, entro il lungo periodo di un'ordinaria generazione, essere risuscitate. Se qui non si può far valere il tacito concorso della volontà degl'interessati, si deve far valere una legge di necessità incolpabile e di pubblico interesse, cioè di comune sicurezza. Così la forza maggiore del caso naturale negli affari della vita umana viene saviamente computata nella legislazione, e vengono conciliati gl'interessi permanenti della vivente società.

Nè con ciò si toglie veramente l'innato diritto quesito a veruna persona, perocchè qui si tratterebbe soltanto dei diritti *trasmessi* fra l'una e l'altra generazione. Diffatti il periodo di trent'anni forma il periodo medio delle umane generazioni. Ora se dentro questo periodo si conservano i diritti degli acquirenti, e se dopo di esso per una considerazione generale si restringono, ne risulta che non viene colpito fuorchè l'ordine successorio, e però la legge dispone entro i limiti della sua competenza.

CAPO IV.

Del fondamento per dar luogo alle cause operanti per fatto dell'uomo l'estinzione della servitù dell'acquedotto. Osservazione speciale sul Diritto romano antico, e sull'ultimo Diritto comune vigente in Italia. Falsa applicazione del Pecchio.

§ 1034. Abbiamo già osservato che le cause ch'estinguono la servitù d'acquedotto altre derivano dal *fatto della natura*, ed altre dal *fatto dell'uomo*. Quanto alle prime, abbiamo accennato il principio comune legale sanzionato dalle tre legislazioni, senza entrare in diversi casi particolari, nei quali si può verificare l'esposto principio. Molte sono le maniere possibili, le quali per fatto di natura rendono impraticabili le servitù; come sono pur molte le maniere colle quali queste stesse servitù si rendono ancora praticabili. Noi ci siamo riserbati di esaminare nelle pratiche quistioni questi casi contemplati dalle leggi, come pure di esaminarne altri che l'esperienza somministrò.

§ 1035. Ora passando alle cause operanti *per fatto dell'uomo*, che cosa tutte suppongono? È per sè manifesto che tutte si fondano sul supposto, che il padrone del fondo dominante ne abbia il pieno ed esecutivo *diritto*, acquistato o in forza di convenzione, od in forza di pos-

sesso legalmente prescritto. Senza tale fondamento sarebbe assurdo cercare come taluno possa pel suo fatto perdere un diritto ch'egli non acquistò mai. Per questo motivo era necessario vedere in *quale maniera* si acquisti il diritto esecutivo, producente azione reale e vera padronanza, secondo le diverse legislazioni. Quanto alle moderne, nelle quali fu proclamato il principio, che i diritti si acquistano col *nudo consenso*, non occorrevano molte parole per istabilire il fondamento, e l'epoca nella quale poteva cadere l'opera dell'uomo. Non era così nell'*antico* Diritto romano, nel quale il pieno reale dominio non si acquistava mediante la sola convenzione, come abbiamo dimostrato nel principio dell'antecedente Libro. Fissata questa massima, ne veniva che *congiunta* alla convenzione doveva esistere anche la *tradizione* o la *quasi tradizione* della servitù. Da questo punto incominciava la possibilità di far agire l'*opera* dell'uomo, onde ritenere o perdere il diritto quesito della servitù stessa.

§ 1036. Nella legge 19. del Digesto, *Quemadmodum servitutes amittantur*, trovasi il seguente passo: « Si partem fundi vendendo lege caverim, uti per eam partem in reliquum fundum meum aquam ducerem; et *statutum tempus* intercesserit antequam rivum facerem, nihil juris amitto; quia nullum iter aquae fuerit, sed manet mihi jus integrum. Quod si fecissem iter, neque usus essem, amittam. » Io domando qui se questa legge possa essere usata a' nostri giorni, od anche in passato in tutti que' paesi nei quali si usava apporre nei contratti la clausola del costituto possessorio. In secondo luogo domando, se nel caso stesso del Diritto romano, contuttochè la servitù non attivata non si potesse perdere col *non uso*, ciò non ostante l'*azione* ad effettuare la servitù venisse o no col lasso del tempo perduta.

§ 1037. Per rispondere alla prima domanda fo osservare che da parecchi secoli la sopra riportata legge romana non era applicabile ai contratti usati in Italia. La ragione è, che in forza della clausola del costituto possessorio, che solevasi inserire nei contratti (1), non era più necessaria la tradizione materiale del fondo per attribuire all'acquirente il pieno reale dominio della cosa; ma per lo contrario, in forza di questo costituto possessorio, si acquistava il vero *jus in re*, e non la semplice azione a farsi consegnare la stessa cosa. Ora questo costituto possessorio veniva stabilito nell'atto stesso del contratto; dimodochè compiuta la scrittura,

---

(1) Io ho sotto gli occhi un istromento del 1233, nel quale si tratta dell'alienazione d'una ragione di acqua. Or bene, quest' istromento non differisce per nulla da quelli che si usano a' nostri giorni.

ed acconsentita dalle parti, si otteneva l'effetto che dalle leggi romane veniva attribuito alla precedente convenzione ed alla successiva tradizione. Veggasi su ciò quanto da noi fu detto al principio della Sezione I. del Libro antecedente.

§ 1038. Certamente secondo il Diritto romano col *non uso* non si poteva perdere un diritto non ancora acquistato. Dunque si pone nella tesi un concetto contraddittorio, qual è quello che sia possibile col *non uso* di ciò che non si ha, perdere il diritto di ciò che si può usare. Non si può usare ciò che non si ha: dunque è assurdo cercare se ciò si possa perdere col *non uso*. Quello ch'io trovo incongruente è, come oggidì si possa tirare in iscena questa legge, la quale non può più aver luogo, sia collo stato ultimo da tanti secoli introdotto nel Diritto comune, sia dopo che fu ammesso che tutti i diritti si trasferiscono col semplice consenso.

§ 1039. Eppure il Pecchio non solo speculativamente ed in via dottrinale, come nel Libro I. Capo IV. Questione 3., ma eziandio in via pratica in una questione contro il monastero della Certosa di Pavia fa uso della sovra recata legge, come si può vedere nel Lib. II. Capo. IX. Questione 13., in risposta al Quesito 1.° al num. 18. Qui confondendo lo stato di diritto emergente dai contratti usati, ed in onta della clausola dello stesso PRIVILEGIO ossia diploma ducale da lui prodotto, nel quale era stato trasportato *omne dominium*, *omnem possessionem*, *omnia jura*, *omnesque actiones tam reales*, *quam personales supplentis omnem solemnitatem quae in praemissis requiritur*, *tam ex forma juris civilis*, *quam ex forma juris municipalis*, il Pecchio oppone la detta legge romana, come se fosse stata necessaria la materiale tradizione o quasi tradizione, effettuata colla costruzione del rivo conducente l'acqua. Con ciò egli ha abusato enormemente d'ogni principio di ragione, per negare al monastero della Certosa l'acquisizione piena del diritto contrastato.

§ 1040. A che mi opponete voi la detta legge romana, nell'atto ch'essa è del tutto inapplicabile allo stato attuale legittimo, praticato presso di noi anche colla clausola del costituto possessorio? Non v'accorgete voi che riconoscendo l'effetto di questo costituto, e volendo nello stesso tempo far valere la detta legge romana, voi chiamate in concorso due cose precisamente contraddittorie? O ammettete che col contratto io sia divenuto padrone proprietario della servitù, senz'abbisognare d'altro atto materiale, o no. Se lo ammettete, dunque è assurdo porre in campo un dettame di diritto fondato sul supposto contrario; se poi non ammettete l'effetto del costituto possessorio, io col documento alla mano, e colle

sentenze concordi di tutti i tribunali e di tutta la giurisprudenza, vi convinco della falsità della vostra opinione.

§ 1041. Ho voluto avvertire a questa incoerenza del Pecchio, affinchè i lettori nei casi avvenuti sotto l'impero delle leggi romane non si lascino trascinare dall'autorità del detto scrittore. Invece essi debbono ritenere, che coi contratti moderni trasportandosi il pieno, reale ed esecutivo diritto, deve valere la regola contraria, che col *non uso* prolungato per dieci e vent'anni, in forza dello stesso Diritto romano, perdesi certamente il diritto della servitù. La ragione è, che il segnale della materiale tradizione, dall'epoca del quale si contava il *non uso*, venendo supplito nello stesso contratto col costituto possessorio, si deve per conseguenza contare dall'epoca del contratto stesso il *non uso*, nell'ipotesi che l'acquirente non avesse dato mano alla costruzione dell'acquedotto, od avesse tralasciato di farlo entro il tempo fissato, sia dal contratto, sia dalle leggi medesime, pel *non uso*.

CAPO V.

Continuazione.

§ 1042. Passo a rispondere alla seconda domanda testè proposta. Secondo l'antico Diritto romano, se *prima* della tradizione taluno non poteva perdere la servitù col *non uso*, ciò non ostante siccome aveva il diritto, ossia l'*azione personale a far consegnare* la cosa, così s'egli tralasciava, durante tutto il tempo stabilito per esercitare l'azione, di fare istanza per la consegna della cosa, quest'azione veniva perenta in forza della prescrizione generale, che estingueva anche le azioni *personali*. Dunque non riusciva eterno il diritto di fare attivare la servitù, ma esso veniva perento nella maniera da noi spiegata fin qui. Il *nihil juris amitto* della legge non è dunque relativo che allo *statutum tempus*, e non alla prescrizione dell'azione *ad tradendam rem*. Noi non abbiamo più bisogno d'appoggiare la risposta all'autorità positiva della legge, dopo che al Libro II. di questa Parte abbiamo largamente parlato delle prescrizioni, le quali abbracciano tanto le azioni reali, quanto le personali.

§ 1043. Premesso questo schiarimento teorico, esaminiamo il caso proposto dalla legge sopra recata, onde scioglierlo collo stato attuale della nostra giurisprudenza, ossia del Diritto comune, indipendente tanto dal Codice Napoleone, quanto dal Codice austriaco. Pietro che ottenne da Paolo il transito dell'acqua sopra un fondo di quest'ultimo, si obbliga di costruire l'acquedotto entro tre anni dalla data dell'istromento.

Questo istromento viene munito colla clausola del costituto possessorio. Pietro si obbligò a tale condizione anche pel motivo d'avere accordato a Paolo alcune once d'acqua in compenso della servitù accordata. Avviene che Pietro trascura di far costruire dentro tre anni l'acquedotto concordato. Trascorso molto tempo dopo, egli vuol porre mano all'opera. Paolo si oppone, dicendogli: tu dentro lo stabilito tempo non hai data esecuzione al contratto, anzi hai lasciato trascorrere parecchi anni senza curarti di adempiere la fatta promessa. La mia concessione era *dipendente* dalla condizione, che tu costruissi dentro tre anni l'acquedotto inteso fra noi. Invano tu mi opporresti che la clausola resolutiva del contratto in caso del tuo ritardo non fu apposta; imperocchè io ti fo osservare che il nostro contratto era *bilaterale:* e però mancando tu di adempiere per parte tua alle cose convenute, attribuisti a me il diritto di recedere dalle cose promesse (1). Tu mancasti al patto di attivare l'acquedotto entro tre anni, e per conseguenza io rimango sciolto dall'obbligo di permetterti più l'opera divisata. — Qui dunque vale la ragione inversa inchiusa nella detta legge romana; attesochè se la perdita del diritto veniva impedita perchè non era ancora stato trasferito nell'acquirente, deve valere la viceversa appunto, perchè questo diritto col costituto possessorio fu pienamente trasferito. La limitazione del tempo per usare della servitù incomincia dal momento nel quale fu acquistato il pieno ed esecutivo diritto alla medesima. Dunque se fra le parti fu convenuto un determinato tempo, passato il quale o si doveva effettuare, o s'intendesse col *non uso* perduto il diritto, non riuscirà d'ostacolo alcuno che la materiale tradizione o quasi tradizione non sia stata eseguita; perocchè siffatta tradizione o quasi tradizione pel suo effetto fu realmente compiuta col costituto possessorio medesimo. Sia dunque che fosse prefisso qualche termine, e trascorso come fu contemplato dalle parti, sia che niuno ne fosse prescritto, sarà sempre vero che col *non uso* si estinguerà la servitù, secondo il Diritto comune, passato il tempo stabilito tanto dalle convenzioni quanto dalle leggi, senza che sia necessario l'atto materiale positivo di tradizione.

---

(1) Vedi Codice Napoleone, art. 1184, e l'art. 1230. Vedi pure le illazioni delle seguenti leggi romane. Arg. Leg. 2. Cod. *De condit. ob caus. dat.* Leg. ult. Cod. *De revocand. donat.*

Per non avere fatta la data cosa vedi le seguenti leggi: Leg. Celsus 23. Dig. *De receptis qui arbitr. receper.* Leg. *Trajectitiae* 23. Dig. *De oblig. et act.* Arg. Leg. *Stipulatio ista* 38. § alteri 17. Dig. *De verbor. obligat.* § ult. Institut. *De verbor. obligat.* § alteri 19. Instit. *De inutil. stipulat*. Voet *ad Pandectas,* Lib. XXII. Tit. I. n.° 31.

CAPO VI.

Disposizioni particolari di Diritto positivo, risguardanti le cause derivanti dall'opera dell'uomo, colle quali si estingue l'acquedotto.

§ 1044. Esaminando i testi sovra recati, e fissando l'attenzione sulle cause *volontarie*, le quali fanno cessare la ragione dell'acquedotto, che cosa troviamo noi? Troviamo che, oltre la espressa e convenzionale remissione, ed eziandio oltre la *consolidazione* del fondo dominante e del serviente nelle stesse mani, la legge fa punto sopra il NON USO dello stesso diritto.

§ 1045. Due sono le maniere contemplate dalle tre legislazioni, parlando di questo *non uso*. La prima maniera è quella del *non uso senza opposizione;* la seconda poi è quella del *non uso in conseguenza dell'opposizione* del padrone del fondo serviente. Dunque la *cessazione* dell'uso si può distinguere in *cessazione con uso contraddetto* e *non contraddetto*. La prima è propriamente un'*adesione* al rifiuto fatto dal padrone del fondo serviente, che ne reclama la libertà; la seconda, propriamente parlando, consiste nell'*abbandono* del diritto acquistato.

§ 1046. A chi non ignora i principii del Diritto naturale è noto che siccome colla occupazione di un bene vacante si acquista il possesso ed il dominio di un bene, così coll'*abbandono* di questo bene si perde il dominio del medesimo. Le servitù prediali sono anch'esse pareggiate ai beni immobili, e però le regole dell'acquisizione e della perdita di tali beni sono comuni anche alle dette servitù. Qui si domanderà quali sieno i *caratteri legali*, per cui il *non uso* deve riguardarsi come operativo della cessazione della *servitù*. Quelli, io rispondo, dell'*abbandono volontario*. Ma quali sono le circostanze per le quali si può affermare essersi verificato l'abbandono volontario?

I. La *scienza* e *coscienza* di possedere il tale diritto, come veramente esiste in tutte le sue particolarità.

II. La perfetta *libertà* di usarne o non usarne a proprio beneplacito.

Dunque l'*ignoranza* e l'*errore* dal canto della COGNIZIONE, l'*impedimento* legittimo, la *violenza* o l'*impotenza* dal canto dell'OPERA, sono tutte cause o titoli pei quali il *non uso* non *equivale* al volontario abbandono. Allora il *non uso non è imputabile* al suo autore; allora dunque non deve nuocere a lui. Spogliare a titolo di tacita *rinuncia* taluno d'un diritto da lui non usato, quando o no'l conobbe o lo co-

nobbe male, e fu impedito dall'esercitarlo, sarebbe un assurdo logico e giuridico, oltre d'essere una iniquità.

§ 1047. Per *quanto tempo* deve durare il *non uso volontario*, onde si possa legalmente presumere e quindi far dichiarare questo *abbandono?* Le recate leggi si sono sopra tal punto spiegate abbastanza chiaro. Le leggi romane, parlando delle servitù *continue*, hanno stabilito la cessazione dell'uso per lo spazio di dieci anni fra i presenti, e di venti fra gli assenti. Quanto alle *discontinue* duplicarono il tempo. Ciò fu già dimostrato. Il Codice Napoleone ha protratto questo tempo fino a trent'anni. Finalmente il Codice austriaco, parlando del *non uso* senza opposizione, prescrive ossia estingue la servitù col corso del tempo delle lunghe prescrizioni; quando invece interviene opposizione acconsentita limitò il tempo a tre anni.

§ 1048. In un affare *negativo* non si potrebbe trovare varietà. Il *non uso* semplice pare non presentare particolarità di sorte alcuna, onde far nascere quistioni perplesse. Ad ogni modo tali quistioni riuscirebbero di *puro fatto* particolare e concreto, e però non potrebbero cadere sotto generali teorie. Qui dirò soltanto, che siccome si presume niuno rinunziare senza ragione ai proprii diritti, nè volere gettare il suo; così ne viene l'altro canone, che in fatto di rinuncia o d'abbandono, quando insorgesse qualche dubbietà, si dovrebbe sempre pronunciare a favore del possessore del diritto, appunto in forza della prescrizione suddetta. *Limpido* dunque e legalmente *provato* deve risultare l'abbandono pel *non uso*, e per conseguenza dev' essere fermamente, concludentemente provato da chi lo asserisce, vale a dire dal padrone del fondo serviente, o da chi lo rappresenta.

§ 1049. Credo appena necessario di avvertire, che se nel corso del tempo stabilito dalle leggi per la perdita del diritto mediante il *non uso* fosse intervenuto saltuariamente *qualche atto*, col quale si fosse esercitato cotale diritto, questo corso di tempo rimarrebbe interrotto in modo, che sarebbe forza ricominciare da capo dall' ultimo atto di uso, e procedere avanti. In breve, tutte le regole che furono stabilite per la prescrizione debbono applicarsi al *non uso* perimente le servitù, nelle quali è inchiuso l'acquedotto.

§ 1050. Passiamo ora al *non uso* conseguente alla *contraddizione*, che noi raffiguranmo come un'*adesione* tacita alla libertà reclamata dal padrone del fondo serviente. Qui le legislazioni moderne non si sono spiegate sul modo di *far constare* questa *opposizione*. L'analogia però degli atti comandati dalla legge per la *perdita* definitiva di un diritto ci

conduce a concludere dovere *constare indubitatamente* della *scienza* del padrone del fondo dominante di questa opposizione. Senza questa scienza personale e propria si autorizzerebbe l'ingiusto spoglio dei diritti quesiti in società. Pare adunque che la sola intimazione ad un agente, ad un procuratore non possa bastare per rendere operativa la contraddizione del padrone del fondo serviente, ma ricercarsi la *immediata* e *personale* notificazione dell'atto contraddicente al padrone del fondo dominante. Praticando altrimenti, si aprirebbe facilmente il varco alle collusioni ed alle prevaricazioni di agenti o di amministratori infedeli, trascurati, od anche comprati dalla parte contraria.

§ 1051. Se consultiamo la legislazione francese, veggiamo che negli atti *giudiziarii*, allorchè si tratta di atti importanti, decisivi e perentorii, si esige la *personale* intimazione. Più ancora: havvi il beneficio della *disapprovazione* dell'operato da un patrocinatore, il quale condusse male una data causa. Dunque tutto porta a concludere, l'opposizione perimente la servitù dover essere *legalmente notificata* al padrone del fondo dominante in persona propria, e non altrimenti.

Quando si dice *legalmente notificata*, s'intende indicare un atto, dal quale consti indubitatamente essere stata notificata personalmente la *protesta* della liberazione, ossia della opposizione all'esercizio della servitù.

§ 1052. La contraddizione all'esercizio della servitù può essere praticata in ogni specie delle medesime. Ma essa è forse *necessaria* in tutte, onde farle cessare coll'adesione tacita, ossia col *non uso* successivo dell'utente? — In tale quistione si affaccia tantosto al pensiero, che alcune servitù continuano da sè stesse col fatto materiale della loro stessa fondazione. Così la trave immessa nel muro del vicino, la finestra aperta, il canale che getta l'acqua apposto al tetto o introdotto nel muro, e via discorrendo, mantengono la imposta servitù in modo che il *non uso* loro è incompatibile. Dunque che cosa rimane a fare onde far cessare la servitù?

§ 1053. Per non estenderci a dettami troppo generali, restringiamoci all'acquedotto. La ragione dell'acquedotto è continua, o discontinua. Se è continua, il Codice Napoleone *esige* per condizione l'*atto contrario*, accompagnato dalla cessazione continuata ossia tollerata per trenta anni. Se è discontinua, *basta* la *desistenza volontaria* dell'utente solo, continuata per trent'anni. Ommessa quest'ultima, parliamo della prima.

Pietro ha una ragione d'acqua perpetua e continua sul fontanile o sul canale di Paolo. Paolo chiude la bocca, per la quale egli sommini-

stra l'acqua a Pietro. Questi tace per trent'anni. Ecco spenta la servitù. Ma è certo che l'atto di Paolo poteva essere capriccioso; è certo pure che Paolo commise ad ogni modo una turbazione di possesso. Tutto questo non importa, purchè Pietro abbia potuto *sapere* l'atto contrario di Paolo, ed abbia potuto respingerlo. Non constando dell'ignoranza, dell'errore o della impotenza di Pietro, corrono tutte le regole della prescrizione ordinaria, e però nasce la liberazione dell'acqua di Paolo dall'onere della prestazione verso Pietro.

CAPO VII.

Osservazioni speciali sul § 1488 *del Codice austriaco.*

§ 1054. Col § 1486 fu dichiarato che la lunghissima prescrizione di trenta e quarant'anni s'intende pronunziata per tutti quei casi nei quali la legge non fissa un tempo più breve. Ma nel § 1488 si fissano tre anni per estinguere qualunque servitù, allorchè l'utente desiste dall'esercitarla dopo l'*opposizione* di colui ch'era obbligato a prestarla. Quali sono le osservazioni che sorgono dalla lettura di questo paragrafo? Eccole.

I. Che siffatta prescrizione triennale si verifica nel caso della desistenza dell'utente per tre anni continui dall'uso della servitù, in conseguenza della opposizione dell'assoggettato alla servitù medesima.

II. Che niuna distinzione v'ha fra le servitù *continue* e le *discontinue*, ma che questa disposizione si estende a qualunque specie di servitù.

III. Che qui non si fa distinzione fra l'*opposizione verbale* e l'*opposizione di fatto*.

IV. Che qui non si spiega se questa opposizione debba essere appositamente notificata alla persona avente il diritto, o se basti manifestarla con fatti incompatibili, palesi e non violenti. Quando poi si trattasse di protesta verbale, se basti notificarla ad un procuratore, ad un agente, ad un amministratore, o veramente si esiga la notificazione alla persona.

Riacquistare la libertà prediale è l'opera o del possesso triennale di esercitare atti incompatibili della contraria servitù, sia convenuta, sia prescritta; o della desistenza triennale del padrone dal diritto conseguente alla protesta verbale. Ma come viene disciplinata in pratica questa opposizione? Ricordiamoci che si deve far constare di tutto, e che conviene rispettare i diritti quesiti. Per dare qualche lume alle nostre ricerche figuriamo diversi casi.

PRIMO CASO.

§ 1055. Pietro ha diritto di raccogliere legna in un bosco ceduo di Paolo allorchè si pratica il taglio. È noto che in dati paesi per cinque e più anni non si permette che il bosco sia toccato. Quindi Pietro non può esercitare la servitù anche per convenzione. Che fa Paolo? Appoggiato al soprascritto § 1488, intima subito dopo il taglio di non volere più permettere a Pietro di raccogliere legna. Intanto passano i tre anni. Alla scadenza del primo taglio, Pietro si presenta per esercitare il primo suo diritto; ma Paolo si oppone, ricordandogli la protesta fatta cinque anni fa. A questa intimazione Pietro sorride, e dice a Paolo: Tu scherzi. L'articolo che tu mi citi non riguarda il caso mio; bensì riguarda quelle servitù, l'esercizio delle quali è continuo, od è interrotto soltanto da brevi intervalli. Non si può mai presumere un savio legislatore volere gratuitamente spogliare alcuno dei diritti da lui quesiti, sia con solenni convenzioni, sia con possessi canonizzati. È vero, o no, che la nostra scrittura dice che il mio diritto non è esercibile che di cinque in cinque anni? Tu coll'applicare il detto paragrafo alla tua maniera, gli fai dire che le cose fermate col mutuo consenso si possono disfare col semplice *pentimento* di una parte sola. Hai tu ottenuto per parte mia nemmeno un solo atto, dal quale si possa pur sospettare una tacita adesione alla tua protesta? Forsechè la protesta è un precetto legale, al quale io debba ubbidire mio malgrado? La desistenza triennale contemplata dalla legge non inchiude un *non fatto obbligato* per legge, ma un *non fatto libero*, *spontaneo* e *preconosciuto*, tale in una parola che possa equivalere ad una libera e legale rinuncia.

A queste ragioni Paolo non si acqueta, e risponde: che quando la lettera della legge è chiara e positiva, non vale la interpretazione filosofica; che la lettera ha parlato di *non uso triennale*, susseguente alla opposizione, nella quale si comprende anche la protesta verbale; e che perciò Pietro è decaduto dal suo diritto. Che cosa pronuncieranno i tribunali partecipanti della previdenza del legislatore? Essi forse osserverebbero, che volendo prendere la quistione anche in senso *positivo*, si presenta il § 1484, concepito nei seguenti termini: « Per prescrivere » quei diritti che possono esercitarsi soltanto *di rado*, richiedesi che durante il tempo della prescrizione di *trent' anni*, quegli cui competeva » il diritto non abbia fatto uso dell'occasione *per tre volte* presentatasi di » esercitare tale diritto. » Quali sono le osservazioni che qui si presentano? La prima è, che la legge distingue i diritti che si possono esercitare

di rado da quelli che si possono esercitare di frequente. Ma quale sarà il criterio per distinguere gli uni dagli altri? Il limite stesso (rispondo) imposto alle diverse prescrizioni. Se dentro tre anni si può col *non uso* prescrivere la liberazione, come lo stabilimento della servitù; se l'uno e l'altra deve nascere da ripetuti atti praticati da una parte e tollerati dall'altra; egli è più che manifesto che gli atti frequenti dovranno necessariamente essere quelli che più e più volte si possono esercitare *dentro* il triennio, ed i rari dovranno essere per lo meno quelli che non possono cadere dentro il triennio suddetto. Ma così è, che il periodo quinquennario non cape nel triennale: dunque il caso proposto cade fuori dell'art. 1488. Ma ciò che non cade sotto la prescrizione triennale, cade sotto la trentennaria: dunque il caso proposto cade sotto la trentennaria.

Tutta la legge non sta in un solo articolo: *incivile est judicare, nisi tota lege perspecta.* Dunque il citato § 1488 non si potrebbe mai applicare nel senso voluto da Paolo. È assurdo applicare una legge ad un fatto non contemplato nella sua disposizione, ed inconciliabile con questo fatto. Tal è appunto il caso in quistione. Dunque sarebbe assurda l'applicazione del detto § 1488.

§ 1056. Veramente nella materia dell'acquedotto sembra che non possa cadere il *lungo* intervallo fra l'uno e l'altro atto, onde dar luogo all'applicazione di questo articolo. Ciò non ostante fo osservare, che nella irrigazione *estiva*, colla quale si esercita il diritto in una *sola* stagione dell'anno, se noi volessimo applicare con rigore l'articolo della prescrizione triennale, sorgerebbero gravi danni, anche non imputabili agli utenti. Diffatti supponete che dopo la protesta succedano due estati piovose, nelle quali non siavi bisogno di irrigazione, e che nella terza si ponga a frumento il prato che veniva prima irrigato, e che non si rammenti più la protesta ricevuta due anni prima, ed alla quale si aveva disegnato di rispondere nel terzo anno anche per riguardi di famiglia: ne verrebbe la conseguenza, che il padrone per non essersi approfittato per tre anni della ragione dell'acqua, dovrebbe perderla irremissibilmente. Supponete di più, che per qualche motivo di famiglia l'utente dell'acqua sia distratto altrove, o che manchi, lasciando eredi ignoranti della precedente notificazione, e che la cosa continui in tal modo anche per un altro anno. Più ancora, che sotto la speranza di accomodamento colla parte contraria trascorra il triennio senza far uso del suo diritto; e che si aggiungano riguardi personali, i quali pur troppo sogliono agire nei rapporti particolari tra le famiglie, specialmente allorchè la parte contraria imponesse colle ricchezze e coll'autorità. Non è

egli manifesto che coll'angustiare cotanto il tempo del *non uso* si corre pericolo di privare un diligente padre di famiglia d'un diritto, pel quale molte volte si duplica il valore delle nostre campagne? Contro i trascurati, e grandemente trascurati, (*contra desides*, disse Giustiniano) fu indotta la prescrizione. Il prolungamento del tempo deve andare di pari passo coi progressi della vita civile. Certamente quando i possessori vivono in mezzo alle loro campagne, e niuno accidente e niuna novità può loro sfuggire, si possono senza inconvenienti stabilire corti periodi alle prescrizioni; ma allorchè la vita economica e politica obbliga altri per mercatura, altri per professioni, altri per altre cure ad abitare lontani dai loro poderi, questi corti periodi divengono fatali. Anche nelle prime età di Roma erano brevi i tratti di tempo per prescrivere ed usucapire; ma una suprema necessità costrinse dappoi ad allungarli. Comunque sia la cosa, avverto che contro l'opposizione verbale non conviene perder tempo a far intimare una contro-protesta giudiziaria, e contro l'opposizione di un fatto a far intimare la protesta almeno autentica.

SECONDO CASO.

§ 1057. Pietro ha diritto di prevalersi dell'acqua del canale di Paolo per irrigare i proprii fondi. Egli implora il passaggio da Giovanni per tradurre l'acqua sui proprii fondi. Avviene che Pietro affitta questi beni, ovvero in sua assenza ne affida la custodia ad un terzo. Paolo approfitta di questa circostanza per non lasciar decorrere l'acqua al fondo di Pietro. Pietro dopo tre anni ritorna, ed esige, come pel passato, l'uso della propria acqua. Paolo si oppone dicendo: Io mi sono opposto all'esercizio della servitù; tu per tre anni continui non hai esercitato il tuo diritto: dunque la servitù fu prescritta col *non uso*. Io qui applico rigorosamente le identiche parole del § 1488 del Codice civile universale. Nè tu puoi oppormi alcun vizio, per cui possa avere non acquistato il diritto di libertà, a norma dei §§ 1463 e 1464, perocchè non ho operato nè con violenza, nè con clandestinità. Dunque ad ogni modo il tuo diritto di usare dell'acqua è spento, in forza del detto § 1488.

Qui Pietro tenta di replicare d'avere ignorato la opposizione di fatto praticata da Paolo, e di più adduce le causali della sua plausibile ignoranza. Ma Paolo, attenendosi strettamente al disposto del detto § 1488, soggiunge ch'esso non esige la formale *notificazione* della opposizione, ma pone nudamente il fatto della medesima, il quale unito al *non uso* triennale basta per sè solo a spegnere la servitù. Se la parte obbligata si è opposta all'esercizio della servitù, dice l'articolo, e quegli, cui com-

peteva, non ha esercitato il suo diritto per tre anni continui, questo diritto resta prescritto col *non uso*. Vero è che il non uso dell'acqua in questo caso nasce necessariamente dalla privazione praticata da Paolo; ma egli è vero del pari che la legge non distinguendo da qual causa derivi, ma attenendosi al puro fatto del *non uso*, toglie di mezzo la servitù predetta. A che dunque si risolve la cosa? Che la privazione dell'acqua sofferta per tre anni sia tacitamente acconsentita.

§ 1058. A queste ragioni di Paolo credete voi che un savio tribunale debba aderire? Qual è il punto capitale, da cui dipende la quistione? Sapere se col nudo fatto non clandestino e non violento di Paolo sia stato indotto il *titolo abile* per estinguere la servitù ed acquistare la libertà. Certamente, stando alla materialità del testo isolato, non comparisce tosto il criterio per decidere la quistione; ma questo criterio emerge consultando il tutto insieme della legislazione speciale riguardante la servitù. Riflettendo infatti alle maniere colle quali si *acquista* il diritto col possesso di tre o di trent'anni, abbiamo lume per decidere come si perda in tre o in trenta. Il legislatore ha forse ommesso che la servitù si possa acquistare in *tre anni* colla *nuda pratica* di atti palesi, non violenti e non precarii; o non ha piuttosto voluto che s'incominci dalle formalità della *intavolazione*, nella quale le parti sono *espressamente* rese consapevoli di che si tratta, ed interviene l'autorità del giudice, perchè tutto proceda senza frode, senza sorpresa e senza equivoco? Adempiuto questo primo atto, corre il triennio, durante il quale non accadendo contraddizione, la servitù è acquistata.

§ 1059. A pari dunque, per *estinguerla* in così breve intervallo non può bastare la nuda pratica di atti opposti, ma si *esige* almeno la formale ed autentica *significazione* di non voler più sopportare la servitù. Se tale non fosse la cosa, non esisterebbe più ragione, per la quale vi dovessero essere prescrizioni triennali e trentennarie; ma tutte sarebbero o sole triennali, o sole trentennarie. Diffatti, dato un solo modo di notificazione, ne dovrebbe pur seguire una misura unica di tempo.

§ 1060. Ma se colla nuda pratica d'altronde *non notificata*, ma soltanto esercitata palesemente senza che il padrone sia presente, si fosse stabilita la estinzione della servitù, si sarebbe certamente rotto il collo a tanti diritti quesiti, senza colpa o negligenza del possessore, e senza avere nemmeno la presunzione della tacita ratifica del possessore del diritto. Ora si domanda se si possa ammettere questa rovinosa intenzione nel legislatore. Anzi domando se questa non sia una positiva violazione del principio da lui proclamato. O si vuole che con questi nudi atti, praticati

fuori degli occhi del padrone, s'induca dentro tre anni la presunzione legale della *scienza* della opposizione, o no. Se rispondete affermativamente, vi dico che bisogna cancellare la trentennaria, come destituita di ogni causa. Se poi mi rispondete negativamente, allora vi dico che l'*opposizione* non può consistere in nudi atti contrarii praticati fuori degli occhi del padrone della servitù, ma consiste in una formale dichiarazione, a lui personalmente notificata, di non volere più tollerare le servitù suddette.

§ 1061. Ciò non è tutto. Col breve corso di tre anni, sia di atti fatti una sola volta in un anno, sia d'un atto solo continuativo fuori degli occhi del detto padrone, non si può indurre la comune e legale presunzione della scienza dell'atto contrario, nè esiste quella trascuraggine cui le leggi vollero punire. Non è così quando l'opposizione sia espressa, notificata, e certamente conosciuta dalla parte contraria. Allora se tace, e se desiste per tre anni dall'usare del suo diritto, si ha almeno un fondato sospetto di rinuncia a questo diritto.

§ 1062. Per la qual cosa è forza confessare che l'*opposizione* di cui parla il § 1488, producente l'estinzione della servitù col *non uso* per tre anni, deve essere la opposizione espressa e certamente notificata al padrone della servitù, sia che questa venga accompagnata da altra opposizione *reale*, sia che venga fatta senza. Se a questa opposizione succede il *non uso* triennale (nelle servitù di brevi intervalli o nelle continue), allora ha luogo la disposizione suddetta del § 1488. Allorchè poi l'opposizione non consistesse che in *atti contrarii* praticati *fuori degli occhi* del dominante, in tal caso ha luogo solamente la prescrizione trentennaria. Ecco il solo senso ragionevole e giusto del detto articolo, ed ecco come in pratica possa essere applicato. Qui prego di rileggere i Capi II. III. e IV. del Libro II. di questa Parte.

CAPO VIII.

Delle diminuzioni ed alterazioni del diritto di acquedotto, conosciute sotto il nome di novità. *Dettami relativi di Diritto.*

§ 1063. Ciò che fu detto si deve del tutto applicare anche alla parte; vale a dire che lo stesso principio, pel quale si estingue la servitù, deve valere per limitarla, modificarla o variarla nel suo esercizio. Questo principio, per sè ovvio, viene espressamente sanzionato dal succitato art. 708 del Cod. Nap., col quale fu dichiarato che « il *modo* della servi» tù può prescriversi come la servitù medesima, e nella stessa maniera. »

§ 1064. Qui si possono dimandare più cose. La prima è, se i modi della servitù, di cui parla l'articolo, abbraccino i soli modi *passivi*, o anche gli *attivi*, cioè quelli solo per *alleggerirla*, o anche quelli per *aggravarla*. A tale quistione conviene rispondere, che si comprendono sì gli uni che gli altri, quantunque la rubrica del titolo non esprima che i modi coi quali le servitù si estinguono. La ragione è quella dei correlativi, e dell'intervento della prescrizione, che agisce tanto per sollevare, quanto per aggravare. — La seconda quistione è, quali siano i modi dei quali qui si parla. A tale quistione rispondo, che qui le limitazioni e variazioni contemplate dalla legge sono quelle sole che possono alterare l'*interesse* e quindi il *diritto* dei privati, e non quelle che non offendono per nulla le ragioni già acquistate. Così nel caso nostro la mutazione della bocca di un canale derivatore, il munire ossia sguernire un condotto, ed altrettali novazioni, in quanto offendono l'interesse della parte cointeressata, sono i modi presi in considerazione dalla legge. Questi modi, sotto un certo aspetto, sono vere *innovazioni* di fatto, che volgarmente appellansi *novità*. Con queste novità si può del pari aggravare che alleggerire la imposta servitù; e però se sono praticate con tutte le regole della legale prescrizione, esse ricevono la sanzione del legislatore.

§ 1065. Nell'argomento presente, nel quale si tratta della pura conservazione della servitù, si contemplano solamente le cause che la tolgono o la diminuiscono, a danno del padrone, ossia del dominante. Ciò si può praticare in molte maniere. Così, per esempio, Pietro che aveva il diritto di valersi di sei once d'acqua, pel corso di trent'anni non ne piglia che quattro sole. Col non uso parziale delle due oncie lasciate sempre indietro, il padrone del canale dispensatore acquista contro Pietro il diritto di non somministrargliene più che sole quattro oncie. Nè qui si può dire trattarsi di un diritto puramente *facoltativo*, imperocchè questo argomento varrebbe anche per non estinguere giammai la servitù col *non uso*. La pratica di Pietro, continuata per tanti anni, mostra abbastanza la remissione fatta delle due oncie, qualunque possa esserne il motivo. Dall'altra parte poi il padrone del canale dispensatore acquista la libertà di questa porzione d'acqua, come avrebbe acquistato la libertà sul tutto, se per trent'anni Pietro non si fosse giovato di tutta l'acqua.

§ 1066. Un altro modo cadente sotto alla prescrizione risguardante la maniera della servitù si può raffigurare nel seguente esempio. Pietro tiene la bocca del suo canale derivatore, la quale gli somministra sei

oncie d'acqua. Paolo restringe questa bocca di modo, che non ne escono più che quattro oncie. Passano trent'anni in questo stato, senza che Pietro reclami mai la riforma della bocca alterata da Paolo. Ecco un altro modo, col quale viene diminuito il diritto di Pietro, e scemata l'acqua da lui acquistata. Anche qui la legge pronuncia, Pietro non avere il diritto di far riformare la bocca alterata da Paolo.

Passiamo ora al fondo sul quale fu tracciato il canale. Pietro, padrone del canale, aveva diritto di tenerlo coperto a suo piacere, affinchè nessuno usasse della sua acqua. Giovanni, padrone del fondo serviente, scuopre in un luogo questo canale, onde abbeverare il suo bestiame. Pietro tace per trent'anni; ed ecco che contro di lui è prescritto un modo contrario, per lui utile, della imposta servitù.

§ 1067. Si potrebbero moltiplicare all'infinito gli esempii di queste innovazioni, operate col solo fatto a danno del padrone della servitù stessa. Qui a compimento della trattazione debbo solamente osservare, che le novità si possono praticare sì col puro fatto, che colla contemporanea *significazione verbale* alla parte interessata. In quest'ultimo caso, secondo il Codice Napoleone e le leggi romane, quando non intervenga formale opposizione del dominante, la servitù non viene modificata o diminuita a danno del padrone se non colle rispettive lunghissime prescrizioni già stabilite. La maggiore difficoltà insorgerebbe nel Codice austriaco, non quanto alla massima, ma quanto alla prefinizione del tempo. Dico *non quanto alla massima*, perocchè se si può prescrivere tutta la sostanza del diritto, con più forte ragione si può prescriverne o la misura o la maniera più o meno gravosa.

Questa difficoltà nasce dall'aver esso stabilite due prescrizioni, l'una breve e l'altra lunga. Nel silenzio del Codice si tratta quindi sapere a quale delle due si debba assoggettare l'alterazione della misura o della maniera della servitù. In forza delle cose sopra discusse si può in primo luogo tenere per fermo, che quando queste alterazioni non risultassero che dal puro fatto, esse non diverrebbero irrevocabili se non mediante la prescrizione trentennaria.

§ 1068. Ma se fossero state applicate con dichiarazione notificata in persona al dominante, che cosa si dovrebbe dire? Qui da una parte osservo che la legge si spiegò solo IN PARTE su queste alterazioni. Dall'altra parte poi osservo essere certo e costante che lo stabilimento della prescrizione è per sè cosa *tutta positiva*, tutta politica, tutta arbitraria al legislatore. Dunque manca una massima definitiva generale, onde applicare la prescrizione triennale al caso di queste novità, praticate sia

col nudo fatto, sia con precedente notificazione. Che cosa dunque rimarrebbe, altro che la prescrizione generalissima, la quale, estinguendo ogni imaginabile azione, sia reale, sia personale, involgerebbe anche l'azione giudiziale a far levare la novità introdotta? Per questa parte dunque il Codice austriaco coinciderebbe col Codice Napoleone, per la indiretta ragione d'involgere anche l'azione riparatoria nella lunghissima prescrizione stabilita. Qui però conviene distinguere caso da caso. Pietro ha diritto di condurre un'acqua ogni giorno, e di estenderla ad un dato fondo. Egli ne usa saltuariamente, e soltanto in una parte del fondo. Pietro non perde il diritto nè dell'acqua quotidiana, nè della irrigazione generale del suo fondo. Il *modo* della servitù quotidiana non viene prescritto che col *non uso* di tutto il diritto. Tal'è la decisione del § 1482 del detto Codice. Qui si tratta di pura *limitazione* del diritto attivo di servitù. Ma che cosa dovremo dire dell'*ampliazione* in AGGRAVIO del padrone del fondo *serviente*, od obbligato al servigio? Ecco un altro caso ed un'altra quistione. O quest'ampliazione è fatta per un colpo di mano e fuori degli occhi del gravato, o è fatta con intimazione espressa e significata a lui. Nel primo caso non esito a conchiudere esigersi la prescrizione trentennaria, per le ragioni sovra esposte. Ma nel secondo caso che dobbiamo dire? Qui la legge tace. Ma qui si tratta di *aggravare* la proprietà altrui. Nelle cose odiose conviene appigliarsi alla sentenza più equa. Parrebbe dunque che si dovesse far agire la prescrizione trentennaria.

§ 1069. Ma contro questo sentimento milita il principio, che dee valere per la parte ciò che vale pel tutto; e però avendo il Codice stabilita la prescrizione *triennale*, conseguente all'autentica protesta, onde estinguere col *non uso* tutta la servitù, parrebbe che si dovesse ritenere come approvata anche la novità fatta e notificata e non contraddetta dentro il triennio. Contro questo argomento altri potrebbe opporre: 1.° Che l'*identità* di ragione (che vale nelle materie di naturale Diritto, e che supplisce ai dettami della civile legislazione) non può valere nelle materie puramente *positive*, e specialmente nelle odiose, come questa. 2.° Che qui non siamo nel caso di *conservare* un diritto che si ha, ma di acquistarne uno che non si ha. Sia pur vero che col *non uso* parziale si ritiene tutto il modo, malgrado il *non uso* della prima maniera. Come mai, trattandosi di aggravare, si vorrebbe fondare il titolo della prescrizione triennale semplicemente col notificare l'ampliazione della contratta servitù? È vero, o no, che qui si colpisce la sostanza stessa del diritto di libertà, acquistato sopra il rimanente della cosa sot-

tratta da servitù? Ciò non è tutto. Una servitù ampliata non è legalmente la servitù primiera, ma una servitù nuova. Dunque deve essere costituita coi modi della prima. Ma così è, che colla semplice notificazione non si costituiscono le servitù, ma solo colle convenzioni e colla lunga prescrizione. Dunque la novazione o ampliazione suddetta non può essere costituita altrimenti; dunque in mancanza di convenzione dee valere soltanto la lunga prescrizione. Bramate voi una conferma di questa conclusione? Eccola. Nel § 1486 si legge la seguente disposizione: « La regola generale, per cui dichiarasi estinto il diritto col *non* » *uso* soltanto dopo trascorsi trenta o quarant'anni, deve applicarsi sol» tanto a quei casi pei quali la legge non istabilisce un termine più » breve. » Ora per canonizzare le *novità* aggravanti le servitù non fu da questo Codice stabilita alcuna *speciale* prescrizione. Dunque in forza della surriferita disposizione dobbiamo, in mancanza di titolo CONTRATTUALE espresso, sottoporle alla prescrizione trentennaria. — Ma qui altri può replicare, che le novità nocive si possono porre sotto la categoria dei *danni*. Ma avuta la notizia di questi, nasce la prescrizione triennale (§ 1489). Dunque in caso di notificazione di alterata servitù, dopo tre anni di silenzio, le novità vengono canonizzate. — Io non so se nel senso distinto dal legislatore sotto il nome di *danni* si possa comprendere l'alterazione dell'uso di una servitù, dopo averne parlato nel Capo antecedente.

§ 1070. Nulla soggiungo qui sul godimento dell'acqua diurna e della notturna, e sul *non uso* o dell'una o dell'altra, accennato dalle leggi romane; attesochè, considerandosi come due servitù *distinte*, cade in acconcio applicarvi non la teoria delle novità, ma la teoria delle cause perimenti delle servitù totali. Soggiungerò solamente, che talvolta l'ignoranza o la mala volontà suole caratterizzare come novità ciò che realmente non è tale. Le teste di grosso senso, ed ignoranti del vero significato legale di *novità*, sogliono scambiare la materiale riforma o riparazione colle novità propriamente dette. Non ogni nuova opera, che viene praticata nelle costruzioni fatte sulle date acque, merita il nome di *legale novità*. Questo nome si può applicare a quella sola opera, per la quale all'altra parte VIENE TOLTO O DIMINUITO IL DIRITTO irrevocabilmente quesito. Più ancora: ai lavori di assoluta *necessità*, i quali dipendono dal primitivo diritto di proprietà, male si approprierebbe l'idea della *legale novità*, come sopra fu già dimostrato. Che cosa avviene però da questo equivoco? Che si lasciano andare alla malora le opere necessarie, e si spogliano gli utenti o i padroni dei loro diritti; o almeno

se col tempo qualchedune apre loro gli occhi sul loro inganno, essi non possono riparare il mal fatto se non con ispese grandiose. Così la natura punisce sempre l'ignoranza dei proprii diritti, e così le provvide leggi studiano d'illuminare ciascuno sui suoi veri interessi.

§ 1071. Quando specialmente coloro che trattano gli affari dei loro clienti non conoscono bene la forza delle parole che impiegano, e scambiano la novità materiale colla legale, accade di vedere sacrificato l'interesse e rovinata la proprietà delle famiglie. Ciò avviene ancora più quando parecchi sono gl'interessati, e le teste consulenti ignorano la vera forza ed i veri principii legali. Invano uomini di coscienza ed illuminati si sforzano di far loro sentire non solamente l'errore del loro modo di vedere, ma eziandio i danni gravissimi che ne derivano. L'orgoglio, compagno mai sempre della ignoranza e della mezza scienza, accompagnato dalla ripugnanza di studiare davvero le dottrine legali, oppone mai sempre una ostinata ritrosìa, la pena della quale viene scontata dai poveri clienti, senza riportarne verun ristoro. Colla stessa ignoranza e presunzione si corre all'altro estremo; e come in alcuni si produce una *meticolosità* rovinosa, da altri si trascorre in una *petulanza* odiosissima. Se si tratta di sostenere i pretesi diritti dei loro principali, di nome rispettabile, certi deputati periti si fanno lecito d'invadere prepotentemente le proprietà, specialmente se si tratta di poveri utenti di campagna. Qui fanno chiuder bocche, là abbattono ciò che loro piace; e l'insulto giunge al segno da volere usurpare perfino le prime sorgenti più remote, sotto il pretesto ch'esse tramandano l'acqua ai loro clienti. Per lo contrario, se un utente vicino chiude con chiavistello la sua cateratta, gridano alla novità pericolosa, sotto il chimerico pretesto d'un repentino ingrossamento d'acque, e spandono zizzanie fra' vicini, o danno mano alle clandestine usurpazioni. Guai se prestano i loro servigi a qualche consorzio! Tutte le novità illegali vengono tentate da essi, e tutti i mezzi della giusta conservazione degli altri vengono impugnati e attraversati. Così attirano sul consorzio odiosità non sue, ed eccitano inquietudini, e provocano spese inginstissime. — Piacesse al Cielo che io dovessi parlare di casi puramente possibili! Ma pur troppo esempii di fatto lasciano il rammarico di non considerare la cosa qual mera ipotesi, ma come una sciagura derivante dall'ignoranza, dalla presunzione, e dalla trascuranza di apprendere ed impossessarsi delle veri legali dottrine.

CAPO IX.

Se l'aumento di un fondo possa, senza un patto espresso, somministrare la ragione di pretendere che venga alterata una data prestazione di acqua.

§ 1072. Io mi veggo qui obbligato a discutere tale quistione unicamente perchè fu proposta e seriamente agitata dal Pecchio. Egli la propone facendo il seguente caso. Pietro implora da Paolo una presa di acqua per irrigare il fondo nominato il *Prato vecchio*. A questo fondo confina un fiume. Nella convenzione non si esprime nè punto nè poco la *quantità* dell'acqua ceduta, nè direttamente esprimendo *tante once*, nè indirettamente esprimendo *tante pertiche* di terreno. Non si esprime nemmeno che il *Prato vecchio* venga irrigato nella *forma* e nello *stato* nel quale oggi si trova; ma nudamente e semplicemente si concede *tant' acqua*, *quanta basti ad irrigare il Prato vecchio*. Colla esperienza si trovò che bastava un'oncia sola di acqua. Avviene dappoi, che per l'azione del fiume a questo *Prato vecchio* viene aggiunta un'alluvione, per cui si dovrebbe accrescere o duplicare l'acqua, in caso che lo si volesse irrigar tutto. Qui Pecchio domanda se, in forza della nuda concessione concepita come sopra, Pietro, possessore del *Prato vecchio*, possa pretendere da Paolo un'altra oncia di acqua per irrigare il fondo di alluvione, due once in complesso per irrigare tutto il detto *Prato vecchio* così aumentato.

§ 1073. Omettendo le diverse specificazioni delle concessioni, le quali costituiscono realmente tanti casi diversi, ed attenendoci all'ultimo caso figurato della nuda e semplice concessione sopra espressa, il Pecchio dice: « Nostra est conclusio TENERI dominum aquae *eam subministra-» re quantitatem sufficientem* irrigationi ne dum antiqui, SED ETIAM » NOVI noviter per alluvionem adquisiti. » Qual'è la ragione di questa decisione? « *Quia fundus* qui augetur non dicitur novus, sed adhuc » *est idem* fundus, vel idem pratum. Hinc non requiritur *nova ap-» prehensio talis incrementi*, quia eo modo quo possidemus illud prae-» dium, possidetur etiam incrementum » (1).

§ 1074. Qual è dunque il mezzo termine adottato dal Pecchio per dimostrare la sua sentenza? Quello dell'IDENTITÀ del fondo tanto prima, quanto dopo l'alluvione. Ma domando io: questa identità è essa nominale o reale? Se è puramente *nominale*, voi vorreste cangiarmi le cose, i diritti e i doveri col solo nome con cui battezzate un fondo. Al-

(1) *De aquaeductu*, Lib. I. Cap. IX. Quest. 3.

lora, anche aggiungendo senza alluvione al *Prato vecchio* un'altra porzione di terra, od imponendo a questa lo stesso nome, potrei far cangiare la quantità dell'acqua, e farmene dare il doppio di prima. Ciò è troppo bestiale, ed il Pecchio medesimo non lo pretende. Resta dunque l'*identità reale*. Ma qui conviene osservare, che altro è dire che l'alluvione vada a formare *un solo tutto* col fondo primitivo, ed altro che questo tutto SIA LO STESSO tanto prima, quanto dopo l'alluvione. La prima proposizione è cosa fisica, e che non verrà contrastata da nessuno. Ma altrettanto è cosa fisica, che un terreno di *dieci* pertiche non essendo *eguale* a *cinque*, ne segue che prima era di cinque; e se poscia fu aumentato di altre cinque, non è certamente quello di prima. Cinque più cinque fanno dieci, e non cinque.

§ 1075. Voi mi dite non essere a voi necessario un *nuovo titolo* per acquistare l'alluvione, ma bastare il dominio del *Prato vecchio* per divenire padrone anche dell'alluvione. Ma nel dirmi tutto questo, mi provate voi forse l'identità *di fatto* da voi pretesa? Forsechè coll'*accessione* si prova l'*identità?* Anzi si prova il contrario. Un corpo accresciuto *con una giunta* non è lo stesso d'un corpo *senza giunta*. Se la giunta viene fatta dalla natura, e non dall'industria; se la legge non esige un nuovo titolo per riconoscermi padrone del tutto come della parte; cesserà perciò la giunta di dare al mio fondo un corpo ed un valore DIVERSO da quello di prima? Dove trovate voi l'identità *di fatto* contemplata nella concessione dell'acqua? Pensate che la vostra quistione non è quistione di *speculazione*, ma quistione di *volontà;* pensate che voi mi dovete dimostrare che la formola della concessione racchiuda l'obbligazione di far duplicare l'acqua, perchè il *caso* ha fatto duplicare l'estensione del fondo. Forsechè questo caso deve ritenersi contemplato, e, quel ch'è più, dedotto in contratto, in modo che Paolo sia tenuto a duplicar l'acqua?

§ 1076. Ma qui io rispondo: o lo volete compreso *espressamente*, o *tacitamente*. Se lo volete compreso *espressamente*, in tal caso la lettera della convenzione smentisce la vostra pretesa, perchè essa non parla nulla nè di alluvione, nè di corrosione, nè di aumento, nè di decremento. Vi dico ancora di più: quand'anche avesse contemplato questo caso, rimarrebbe sempre a sapersi se Pietro divisava di sottoporlo ad irrigazione, e se Paolo aderiva di somministrargli nuova acqua. Se poi volete contemplato questo caso solo *tacitamente*, allora vi rispondo che me lo dovete provare in contraddizione di Paolo, che protesta di non avervi nemmeno pensato. E quand'anche vi fosse qualche dubbio, si

dovrebbe pronunziare in favore di Paolo, giusta la nota regola: *secundum promissorem interpretamur; nam stipulatori liberum fuit verba latius concipere.* Se Pietro nel caso d'una favorevole alluvione bramava nuova acqua, doveva impetrarla. Ma egli non la domanda. A che dunque pretenderla sotto il titolo dell'alluvione formante corpo col *Prato vecchio?* Il prato, di cui si parlò, era il prato allora esistente; ma il prato allora esistente era senza alluvione. Dunque si parlò del prato senza alluvione, e si deve proseguire come se l'alluvione non fosse avvenuta.

§ 1077. Pare impossibile che il Pecchio siasi indotto a pronunciare una così balorda sentenza, quale fu da noi riportata; e tanto più impossibile, quanto più è certo che con buone ragioni ed autorità ha prima deciso, che coll'aumento successivo di un fondo o di tutti i fondi, pei quali fu stipulata una ragione d'acqua, non si acquista diritto a farne aumentare la prestazione, quand'anche il contratto esprimesse di irrigare *tutti* i beni di chi prese l'acqua. Credo necessario riportare il testo, perchè riesce anche dottrinale. Ecco la tesi: « Si servitus aquaeductus est INDEFINITE concessa, scilicet pro suis praediis concessa, constituo conclusionem: servitutem aquaeductus censeri TANTUM concessam pro PRAESENTIBUS praediis, non autem pro futuris. »

Eccone le ragioni: « I. Verba in contractibus referuntur tantum ad » tempus praesens, non ad futurum (e qui cita leggi del Digesto). — » II. Nemo loqui videtur de eo quod pendet a futuro eventu, quod ignorat (e qui cita leggi e dottori). — III. In contractibus *semper intelligitur* clausola: REBUS SIC STANTIBUS, et in eodem statu permanentibus » (1).

È vero, o no, che la promessa di dar l'acqua al *Prato vecchio* non esclude quest'ultima clausola? Dunque doveva essere sottintesa, per la regola: *semper intelligitur.* Ma dall'altra parte il Pecchio stesso affermò, che quando esiste questa clausola non si può pretendere l'aumento dell'acqua. Dunque, stando il caso da lui figurato, quest'aumento non si può pretendere. Con due parole si rispondeva dicendo: *nel caso figurato ha luogo la clausola* REBUS SIC STANTIBUS, quantunque non espressa.

§ 1078. Volendo indagare la ragione di questo traviamento, altro non mi si è presentato che l'abuso di una *parità* annunziata alla sfuggita nel Diritto romano (2). Egli poi con Angelo fa crescere il prato come un

---

(1) Lib. I. Cap. III. Quest. 15.

(2) Nella legge 4. Dig. *De jure dotium* si trova il seguente passo: « Si proprietati nu» dae in dotem datae usufructus accesserit,

animale bisognoso di alimento, a favore del quale essendosi pattuita l'irrigazione, questa perciò deve crescere come cresce il foraggio del vitello che diventa bue, o il pane del fanciullo che diventa provetto (1). Non perderò il mio tempo intorno a queste dabbenaggini, per lo meno indegne della giurisprudenza. Mi sono occupato anche troppo seriamente in tale quistione; e non l'avrei fatto, se pur troppo non sapessi quanto facilmente si soglia trarre profitto anche dagli errori di uno scrittore riputato, per vessare a torto i galantuomini che riposano sulla fede dei contratti e sulle ragioni di un buon senso, le decisioni del quale si sogliono incontrare più integre in chi vive fuori degl'intrighi e delle stiracchiature del Foro.

SEZIONE II.

Delle cause conservanti l'acquedotto.

CAPO X.

Natura ed aspetti delle cause conservanti l'acquedotto. Quale sia l'argomento preso di mira in questa Sezione.

§ 1079. Alle cause legali *perimenti* l'acquedotto vengono opposte le *conservanti*. Sotto questa denominazione comprendo tanto i *modi* coi quali serbasi illesa la facoltà *giuridica*, quanto i *mezzi* pei quali si mantiene intera, attiva e libera la facoltà *fisica* di godere e di usare dell'acquedotto.

§ 1080. Dico la *facoltà*, e non le *funzioni*, per indicare l'*oggetto proprio* della conservazione. Le *funzioni* di godere e di usare costitui-

---

» incrementum videtur dotis; quemadmo- » dum si quid ALLUVIONE accessisset. » Prima di tutt' altro la consolidazione del frutto con la proprietà è un *caso* essenzialmente compreso nell'atto, dovechè l'alluvione è un caso meramente accidentale. In secondo luogo il *jus di consolidazione* è cosa estranea alla nostra questione. In terzo luogo qui si ricorda l'alluvione, per dar lume con una similitudine sensibile. Ma ognuno sa che *paritates non sunt identitates*. Oltracciò l'usufrutto che si consolida colla nuda proprietà, se può rassomigliare all'alluvione dal canto di non abbisognare d'un nuovo *titolo* per operare la consolidazione, non le assomiglia nè punto nè poco quanto al fatto. Il fondo, sul quale cade la proprietà e l'usufrutto (comunque divisi), è sempre lo stesso. Nel passare ad essere goduto dal proprietario nulla viene cangiato dal canto suo materiale. Non è così d'un fondo di cinque pertiche, il quale per alluvione diventa di dieci.

(1) « Si autem ager impinguatur, et propter pinguedinem pleniori aqua eget, tribuenda est plenior aqua: sicut si *alimonia* » *promitterentur* infanti: nam nutriendus est » de die in diem, secundum quod aetas ejus » postulabit et requiret. Et aliter cum est infans, et aliter cum est puber, etc. » (Ibid. num. 44.)

scono l'*uso* stesso. La *facoltà*, sia fisica, sia morale, costituisce la *potenza*. Questa potenza forma appunto l'*oggetto* della conservazione. Il *complesso dei mezzi*, coi quali si mantiene questa potenza, costituisce la stessa *conservazione*.

§ 1081. Se l'uso anche penoso, imperfetto ed interrotto basta per dire di *non avere perduto* il diritto, egli non basta a procacciare il voluto godimento. Ma siccome questo godimento forma lo scopo della convenzione, e quindi della protezione delle leggi; così la *diretta conservazione* dell'acquedotto deve essere conformata, misurata e subordinata a questo pieno godimento. Dunque *intiera*, *attiva* e *libera* dev'essere la *facoltà* cui dobbiamo conservare. Dunque le cause conservatrici debbono essere *valevoli* a produrre l'integrità, l'attività e la libertà, di cui parliamo.

§ 1082. Queste cause non sono veramente *conservatrici*, se non adempiono due ufficii ad un solo tratto. Il primo di allontanare le cause perimenti; il secondo di mantenere le cause procaccianti il godimento dell'acquedotto. L'allontanamento del male non importa fuorchè *funzioni difensive*; per lo contrario il conseguimento del bene importa *funzioni lucrative*.

§ 1083. Colla conservazione del *diritto* si mantiene la *potenza morale*; colla conservazione della cosa poi si mantiene la *potenza fisica*. Questa potenza fisica non si potrebbe conservare in onta delle leggi e della giustizia. Dunque in atto pratico la conservazione legale della *cosa* è anch'essa un *diritto*. Diciamo meglio: la somma di tutti i giusti mezzi per conservare la cosa non è che una somma di diritti. Non dimentichiamo mai che in società ogni diritto non è altro che la *funzione* di una forza, in quanto viene approvata ed assistita da una legge. Ma dall'altra parte la conservazione dell'acquedotto, considerata come *operazione* del possessore, veramente non è altro che una somma di funzioni, sia della di lui forza personale, sia di quella degli agenti da lui impiegati. Dunque se queste funzioni sono approvate e protette dalla legge, si dovranno riguardare come altrettanti diritti.

§ 1084. Al complesso di queste funzioni si suole applicare il nome di *manutenzione*. Avremo dunque una *manutenzione morale* ed una *manutenzione materiale* dell'acquedotto. La prima viene applicata al *diritto* considerato in astratto, e come un ente morale a sè; la seconda viene applicata all'*oggetto*, ossia alla cosa su cui versa il diritto medesimo. La *manutenzione morale* dell'acquedotto è suscettibile di tante *forme* e *limitazioni*, quanti sono i modi varii ed estesi onde serbare i *titoli* pei quali si può possedere ed usare di un'acqua. All'opera di

questa manutenzione concorre sì l'autorità della legge, che quella dell'uomo (1).

§ 1085. La *manutenzione materiale* poi dell'acquedotto è tanto varia ed estesa, quanto varii ed estesi sono i mezzi coi quali è necessario procurare, mantenere o allontanare un'acqua. La *manutenzione materiale* ha due parti: la prima si può dire *lucrativa*; la seconda *difensiva*. Colla prima si comprendono tutti i mezzi necessarii a mantenere in piena *attività* l'azione dell'acquedotto: tali sono la *purgazione*, la *refezione*, l'*assicurazione*. Colla seconda si allontana o respinge semplicemente l'azione delle cause esterne, che offendono la sussistenza ed attività dell'acquedotto.

§ 1086. Tutto questo importa varie funzioni. Quale varietà, quale grandiosità, quale estensione di materiali, di mezzi e di opere occorrevano, per esempio, negli acquedotti di Roma antica! Fabbricati sopra archi elevatissimi, ne' cui architravi ascondevansi i canali conduttori anche in varii ordini sostenuti in Roma sopra moli che presentavano tutta la maestà, la magnificenza e l'armonia della più regolare architettura; estesi fuori di Roma, ora passando sopra burroni impraticabili, ora attraversando le viscere dei monti, ora ingombrando molte miglia di terreno, sembravano attestare al mondo fino a qual segno possa giungere la possanza della mente e della mano d'un gran popolo dominatore e legislatore della più bella parte del globo (2).

---

(1) Allorchè tratterò delle *azioni* e delle *eccezioni* in materia di acquedotto, additerò anche i modi voluti dalle leggi, sia per far constare del proprio diritto, sia per respingere attentati contrarii, sia finalmente per guarentire l'esercizio tanto della servitù, quanto della libertà. Tutti questi ed altri simili oggetti appartengono alla RAGIONE TUTELARE, nella quale in fine va a riposare tanto il *diritto probatorio*, quanto la *potenza sociale*, protettrice dei diritti quesiti. Io mi esporrei ad una inutile ripetizione, se qui volessi insegnare come si deve agire o parlare, sia nel caso d'una novità illegale, sia nel caso d'una intimazione contraddittoria o della servitù o della libertà, sia finalmente nel caso d'una temuta opposizione.

(2) Chi bramasse sapere a un di presso quanta fosse l'acqua che al tempo di Frontino, cioè al principio del secondo secolo dell'êra cristiana, veniva portata a Roma da questi acquedotti, può consultare l'Opera di Frontino stesso, uomo consolare, e che coprì la carica di *Curatore delle acque*, che la prima volta fu sostenuta da Agrippa. Il sig. Rondelet nella recente traduzione ed illustrazione fatta dell'Opera di Frontino crede di avvertire che questi acquedotti portavano a Roma 3720 metri e 750 millimetri cubi d'acqua; vale a dire quanto una corrente di 30 piedi di larghezza sopra 6 piedi di profondità, scorrente con celerità eguale a quella della Senna nella sua media altezza. Quanto poi alla lunghezza di questi acquedotti, egli rileva che, presi insieme, danno la misura di 281,294 passi romani, ossia 107 leghe di posta. Che cosa è rimasto di questi lavori? Senza svolgere i grandiosi volumi d'un Grevio, d'un Gronovio, e di altri antiquarii, basterà qui riportare in primo luogo quanto

§ 1087. Noi ci siamo proposto di trattare della *ragione direttiva*, risguardante la conservazione dell'acquedotto. Dunque non debbiamo trattare della *manutenzione* in sè stessa, ma dei *principii legali* che la risguardano. Con questi principii non s'insegna a fabbricare, a ristaurare, a dirigere e ad usare, ma solamente a rispettare quei *limiti* i quali vengono imposti dalla parità individuale e dalla convivenza sociale. Ho già fatto avvertire nella Ragione dell' Opera in che differisca questa *ragione direttiva* di conservazione dalla *ragione tutelare*, che dovrà formare oggetto della terza Parte. Qui piacemi notare, che i *principii legali* della *manutenzione* differiscono tanto dalla effettiva pratica di lei, quanto una formola differisce dalla sua applicazione.

CAPO XI.

Guarentigie legali contro gli atti nocivi praticabili dai padroni dei fondi servienti all'acquedotto.

§ 1088. Data a me la facoltà di *fare*, si toglie agli altri la facoltà di *impedire*; data a me la facoltà di *conservare*, si toglie agli altri la facoltà di *nuocere*. Questa doppia attribuzione e questo doppio divieto si verifica nella servitù di acquedotto, come nell'esercizio di qualunque civile prerogativa. Fu già notato di sopra, che il carattere più consueto e risaltante delle servitù prediali consiste nella *tolleranza* per parte del serviente. Tale osservazione di fatto (che serve per caratterizzare un aspetto della cosa) dev' essere almeno spiegata, dicendo che questa tolleranza impone al serviente tanto il dovere di *lasciar fare* al *dominante* tutto ciò ch'è *necessario* per effettuare ed usare del suo diritto, quanto il dovere di *non nuocere* altrimenti alle costruzioni e alla direzione dell'acqua con opere praticate sul fondo serviente. Postochè si aveva vo-

---

da Roma scriveva li 26 Luglio 1543 monsignore Tolomei al Grimaldi. « Lodai (egli dice) Marco Agrippa, il quale, oltre a tanti altri beneficii fatti al popolo romano, dopo gli acquedotti rifatti e riedificati dell'Apia, dell'Aniene e della Marzia, già guasti e caduti, condusse ancora in Roma quest'acqua Vergine, la quale sola di tutte le altre acque è rimasta ancor viva, e viene a Roma, e sovviene a molti bisogni, e fa nobili quei giardini che le sono dappresso. Benchè ancora ella senta i morsi della vecchiezza e del tempo, e buona parte se ne sia già perduta.... Dov'è oggi l'Anien vecchio? dove l'acqua Apia? dove la Claudia? dove la Tiepola, la Giulia, l'Augusta, e le altre? » (*Lettere di monsignore Claudio Tolomei*, Libro II. pag. 41 e 42. Venezia, presso Altobello Salicato, 1572.)

Dunque alla metà del decimosesto secolo non esisteva che l'acqua chiamata *Vergine*, per indicare la storia della pastorella, che mostrò certe venuzze d'acqua ad alcuni soldati, scavate le quali sgorgò tantosto in larga copia, onde animare uno degli acquedotti romani.

luto dedurre in legge l'osservazione del Diritto romano sul *permesso* e sulla *tolleranza* obbligatoria del padrone del fondo serviente, dovevasi del pari aggiungere l'osservazione sul *divieto* di fare lavori nocivi alla conservazione della servitù.

§ 1089. Nella legge 1. § 27. Dig. *De aqua quotidiana et aestiva* troviamo il seguente commento di Ulpiano all'editto del Pretore: «Labeo putat per hoc interdictum prohiberi quem, ne quid in illo fundo » faciat, fodiat, succidat, putet, aedificet, quare ex re ea, aqua, quam » ille hoc anno per fundum tuum sine vitio duxit, inquinetur, vitietur, » corrumpatur, deteriorve fiat. »

Domando in primo luogo fra quali persone sia stato interposto questo interdetto. È chiaro che fu interposto fra il *dominante* ed il *serviente*. Ciò consta sì dall'annunziativa *per fundum tuum*, e sì dall'annotazione fatta dal contesto che segue, nel quale Ulpiano stesso dice che questo e gli antecedenti dettami « ad eos pertinent, qui a capite » ducunt VEL IMPOSITA servitute, vel qui putant impositam. » La frase *per fundum tuum sine vitio duxit* si riferisce appunto a questo titolo. Col *sine vitio* s'inchiude non solo il *non clam*, *non vi*, *non precario*, ma s'intende eziandio che la condotta sia esente da ogni abuso vietato dalle leggi.

§ 1090. Poste queste condizioni per parte del dominante, quali sono i *doveri* qui imposti al serviente? Di *non iscavare*, *piantare*, *tagliare*, *potare*, *edificare* in modo, che da tali opere l'acqua venga *contaminata*, e *minacciato*, *deviato* o *deteriorato* l'uso della medesima.

Prima di tutto osservo, che qui si parla tanto dell'acqua contenuta, quanto delle opere ossia della fabbrica che la contiene. Vero è che il nominativo del testo è l'acqua; ma il senso abbraccia tanto l'acqua, quanto gli stromenti pei quali viene condotta (1).

L'editto proibisce di *contaminare* l'acqua colla parola *inquinetur*. In una condotta di acqua destinata agli usi *domestici* (quale era precipuamente quella usata dai Romani, e che conducevasi per doccioni) il divieto di sporcare o contaminare l'acqua era essenziale, perocchè andava direttamente contro la *destinazione* concordata degli acquedotti stabiliti per usi domestici.

La parola *vitietur* fu tradotta colla locuzione di *minacciato l'uso*. Questa traduzione riesce rigorosamente legale, come si può vedere dalle

(1) Qui Gottofredo parlando del fondo soggiunge: *subaudi per quem vel ex quo ducitur aqua;* locchè conferma l'osservazione fatta al principio di questo Trattato.

varie applicazioni della parola *vitium*, assegnate e raccolte dal Brissonio nella celebre sua Opera *De verborum significationibus*. « Vitium fa» cere aedificia dicuntur, interpretante Boetio in Topica Ciceronis, QUAE » RUINAM MINANTUR » (1). In generale soggiunge: « In stipulatione au» tem damni infecti, qua de vitio loci operisve cavetur, vitium id esse » definitur quod accidens extrinsecus vitiosas aedes facit (2). » Egli è perciò, che se gli alberi cadono per vetustà, la caduta si reputa fatta per *vizio* dei medesimi, come esprime la detta legge 24. Dig. *De damno infecto*. Da ciò è manifesto, che prendendo la parola *vitietur* nel senso distinto da *inquinetur*, si deve, secondo il linguaggio legale, apporvi il significato di *minacciare l'uso* della medesima acqua.

La parola *corrumpatur* fu tradotta colla locuzione di *deviato l'uso*. Noi non abbiamo bisogno di giustificare questa traduzione, dopo che col giureconsulto Paolo abbiamo notato che la frase *aqua corrumpetur*, inserita nella legge 11. Dig. *De aqua et aquae pluviae arcendae*, significa propriamente la *deviazione* o *sottrazione* dell'acqua stessa dal suo corso destinato. Ciò apparisce dalle cose dette nel Capo XIII. del Libro I. della Parte II.

Quanto poi alle parole *deteriorve fiat*, qui dobbiamo notare che sotto questa locuzione si comprendono in generale tutte le *cause* che *alterano* il libero, pieno e attivo corso dell'acqua; avvegnachè, alterato l'uso a danno dell'utente, si può dire essere *deteriorata* la sua condizione. Per la qual cosa, se il padrone del fondo serviente praticasse opere per le quali s'ingombra il fondo del canale al di là della condizione naturale (sia dal crescere delle erbe, sia dal fango o dalla ghiaja apportata, sia da qualunque altro impedimento), tali opere vengono proibite dall'interdetto del Pretore.

§ 1091. Conosciuta la disposizione legislativa, conosciamo tantosto quali siano i *diritti* del dominante contro il serviente, onde mantenere *incolume* la ragione dell'acquedotto. Tutti questi diritti formano altrettanti *doveri* negativi del serviente medesimo; e questi doveri formano il complesso dell'obbligo ch'egli ha di *non nuocere* altrimenti alle costruzioni ed alla direzione dell'acqua condotta. Allorchè poi si tratta di certi usi particolari, si comprende eziandio il dovere di non contaminare l'acqua suddetta. Con questa veduta generale però debbo osservare,

---

(1) Leg. 28. § ult. Leg. 3. Dig. *Locat. conduct.* Leg. 32. Dig. *De damno infecto.*

(2) Leg. 15. § *Notandum*, cum seq. Leg. 18. § 1., et § *Et cujus*. Leg. 24. § *Vitium*. Dig. *De damno infecto.*

che riducendo le cose ad *atto pratico*, si lascia il campo ad infinite quistioni; e che però rendesi necessario *disciplinare* la massima legislativa, onde regolare il conflitto prodotto dalla intemperanza del dominante, che tenta di estendere il suo diritto di conservazione; e la reazione del serviente, il quale vuole usare nella massima estensione del suo diritto di proprietà. Il primo vuole ottenere più che può; il secondo vuol dare meno che può. Il legislatore ed il magistrato debbono in questo conflitto tenere una giusta bilancia, onde non autorizzare indebite pretese nè da una parte, nè dall'altra.

§ 1092. Colla citata legge il dominante pretenderebbe forse di proibire al serviente, sotto il pretesto di *possibile nocumento*, le opere, sia rustiche, sia urbane, necessarie al suo fondo, o proficue alla sua utilità? Non iscavare, non piantare, non tagliare, non potare, non edificare, è cosa la quale, presa in astratto, spaventa la libertà del serviente. Ma si osservi bene che la legge non proibisce queste opere in sè stesse, ma solamente allorchè l'EFFETTO loro visibile riuscisse indubitatamente nocivo all'esercizio dell'acquedotto. Con ciò non si spoglia il padrone del fondo serviente della sua libertà, nè si vuole vincolato prima del *fatto* e in via di prevenzione, ma solamente si proibisce l'opera effettivamente nociva. Nel caso dunque di nocumento *semplicemente temuto* il padrone del fondo serviente non potrebbe essere impedito dal fare i suoi lavori; e se per caso si ravvisasse preventivamente pericolosa l'opera, egli, dando cauzione, dovrebb'essere abilitato ad intraprendere l'opera suddetta, ben inteso che quando in fatti si scoprisse nociva, egli sia tenuto a demolirla. La parità di trattamento fra il dominante ed il serviente esige questa provvidenza; perocchè per diritto indubitato il dominante medesimo, prestando simile cauzione, può fare opere conservatorie del suo acquedotto, quand'anche si opponga questo danno semplicemente preveduto. Diffatti l'esperienza prova che l'effetto molte volte smentisce i timori preconcepiti, sia perchè essi non avevano un reale fondamento, sia perchè le costruzioni vengono cautelate in modo, che il danno temuto viene allontanato.

§ 1093. In questa materia per altro, come in tutte le altre consimili, le pratiche provvidenze tanto dei giudizii dei periti, quanto delle cauzioni, servono a temperare le agitazioni o le voglie esagerate tanto dei dominanti, quanto dei servienti. Qui sarebbe lungo ed inopportuno accennare queste necessarie provvidenze, perocchè appartengono piuttosto alla *tutela contenziosa*, che alla dottrina teorica di semplice diritto statuente. Basti aver qui notato il principio segnato dal Diritto romano,

che può servire di norma nel conflitto dei contrarii interessi, e pel quale si fissano i limiti del dovere di non nuocere al diritto acquistato dell'acquedotto.

§ 1094. Il principio *difensivo* dell'integrità dell'acquedotto, esemplificato dal Diritto romano, viene nella sua generalità sanzionato anche dal Codice Napoleone, il quale soggiunge una provvidenza pieghevole agli eventi della fortuna, e conforme alla naturale equità. « Il proprie» tario del fondo serviente (dice l'art. 701) non può fare cosa alcuna » che tenda a scemare l'uso della servitù, od a renderlo più incomodo. » Con questa disposizione, come ognun vede, si comprende tutto ciò che fu espresso dal Diritto romano, e si somministra la massima generale, che comprende tutti i casi possibili. Ma con questa disposizione s'ingiunge al proprietario del fondo serviente l'obbligo di astenersi da qualunque atto o da qualunque lavoro che effettivamente può scemare o rendere più incomodo l'uso della conceduta servitù. Con ciò si guarentisce la conservazione del diritto del padrone dominante contro gli atti nocivi del padrone del fondo serviente. Così questa legge interdicente simili atti nocivi diviene legge conservatrice dei diritti del padrone dell'acquedotto.

CAPO XII.

Temperamento legale alla permanenza dell'acquedotto in un dato luogo.

§ 1095. Di sopra ho parlato d'una provvidenza soggiunta da questo Codice per temperare le vicende naturali dei fondi colla equità dei possessi. Tale provvidenza viene espressa colle seguenti parole, continuative del testo dell'articolo sopra recato: « Per conseguenza (il proprietario » del fondo serviente) non può variare lo stato dei luoghi, nè trasferire » l'esercizio della servitù in un sito diverso da quello dove fu origina» riamente stabilita. »

« Tuttavia se questa primitiva destinazione fosse divenuta più onero» sa al proprietario del fondo serviente, o se impedisse a lui di fare sullo » stesso riparazioni vantaggiose, egli potrà offrire al proprietario dell'al» tro fondo un sito egualmente comodo per l'esercizio de' suoi diritti, e » questi non potrà ricusarlo. »

§ 1096. Da tale disposizione che cosa rileviamo noi? — Tolto il ferreo ed immutabile peso di una servitù che da principio non importava se non un dato onere, ma che col tratto del tempo divenne molto più

gravosa, essa viene trasportata in modo da conciliare gl'interessi di ambedue le parti. La ragione naturale anche contrattuale assiste questa provvidenza. Imperocchè se il concedente avesse preveduto che col tratto del tempo la sua concessione era per diventare maggiormente gravosa che sul principio, egli sicuramente o non avrebbe conceduta la servitù, o almeno avrebbe stipulato un correspettivo maggiore, e capace d'indennizzarlo dell'onere maggiore sopravvenuto. Qui, come ognun vede, si parla di un caso derivato non dalla mala opera del padrone del fondo dominante, ma da un avvenimento innocente e giusto, non escluso dal contratto. Se è vero il principio: *quod tibi non nocet, et alteri prodest, facile est concedendum;* con quanto maggior ragione si dovrà concedere il trasporto della servitù, salvo l'uso egualmente comodo dell'acquirente, allorchè il bisogno del proprietario del fondo serviente lo esiga? Non sarebbe forse un rendere jugulatoria una servitù, quando circostanze imprevedute la rendono molto più gravosa di quello che fu valutata nella concessione originaria?

§ 1097. Malgrado queste ragioni di equità e di convenienza scambievole, noi nel Diritto romano non troviamo accennata la facoltà di scambiare il luogo della servitù in altro luogo egualmente comodo, se non in via puramente indiretta e quasi incidentale, sebbene la causale possa essere generale. Ulpiano nella legge 3. § 8. Dig. *De relig. et sumptibus* dice quanto segue: « Locum qui servit, nemo religiosum facit, nisi consentiat is cui servitus deberetur. Sed si non minus commode per alium » locum servitute uti potest, non videtur servitutis impediendae causa » id fieri; et ideo religiosus fit, et sane habet hoc rationem. » Gottofredo, alla legge 45. § 2. Dig. *Mandati*, pretende che questa mutazione sia un caso *speciale* in favore della religione. Io per altro dal recato testo non so trovare il motivo preteso dal Gottofredo. Esaminando attentamente la causale addotta da Ulpiano, non so vedere altro se non che quando la mutazione del luogo comodo in un altro egualmente comodo viene suggerita da una *causa reale*, e non semplicemente dal desiderio di fare mutar posto, il padrone del fondo serviente dev'essere ascoltato. Il Codice Napoleone ha resa generale questa causale, abilitando il proprietario del fondo serviente a domandare la mutazione suddetta, allorchè faccia constare del *motivo di fare riparazioni vantaggiose* al fondo serviente. Ad ogni modo con questa generale provvidenza si toglie la disputa eccitata sulla causale del recato testo del Diritto romano, e si raddolcisce l'impero troppo rigido ed inflessibile delle servitù prediali coniate sopra regole troppo generali e senza eccezione.

§ 1098. Era necessario, come lo sarà sempre in qualunque Codice, soggiungere questa eccezione alla regola generale, la quale obbliga il padrone del fondo serviente a soffrire la servitù nel luogo pattuito. Senza di tale spiegazione trovando che la legge non abilita a questa mutazione, il padrone del fondo soggetto dovrà sottostare, anche con proprio discapito, all'onere divenuto più gravoso, malgrado che il proprietario del fondo dominante possa ottenere l'uso egualmente comodo del suo diritto. Omettere questa eccezione in un Codice civile egli è lo stesso che renderlo ferreo senza motivo alcuno. Con ciò non si fa altro che pascere la durezza orgogliosa di un padrone del fondo dominante, e sbandire quei lenitivi d'innocente libertà e di pieghevole equità, i quali formano l'anima di ogni umana legislazione.

CAPO XIII.

Della manutenzione diretta dell' acquedotto. Se possa ammettere riforme di costruzione.

§ 1099. Fabbricata una casa, e ordinatone l'interno, altro non rimane che le riparazioni ordinarie, rese necessarie sì dalle ingiurie del tempo, che dall' uso della casa medesima. Siffatte abituali riparazioni formano la *manutenzione* della casa. Ma supponiamo che questa casa sia originariamente destinata a qualche lavoro. Si trova col tempo che una data parte riesce incomoda, dispendiosa, o che non può più servire. Conviene dunque riformarla analogamente alla sua destinazione. Questa riforma si dovrà o no comprendere nella *manutenzione?* È certo che sì. Imperocchè l'erezione dell' edificio non fu fatta per alzare una mole che servisse di puro spettacolo ad un ozioso contemplatore, ma fu fatta onde servire ai dati lavori, alla data abitazione, ai dati comodi, ec. ec. Ma la manutenzione ha lo stesso scopo della erezione. Dunque tutte le riparazioni e le riforme che si praticano in un edificio già eretto per questo scopo, cadono naturalmente sotto la manutenzione.

§ 1100. Venendo ora alla materia della servitù, resta a vedere se la libertà, di cui gode un proprietario nel *riformare* il proprio edificio, competa al padrone di un acquedotto collocato sul fondo altrui, per riformarlo a proprio beneplacito. A prima giunta ognuno sente che tale *pienissima* libertà non può convenire al padrone di questo acquedotto, perchè i diritti di lui non essendo che convenzionali, vengono fondati e misurati a norma della convenzione. Ma considerando dall' altro canto che la *destinazione* dell'acquedotto fu concordata; considerando che,

concessa la servitù, s' intendono conceduti tutti i mezzi necessarii per esercitarla in tutta la sua pienezza; considerando che al possessore del diritto furono attribuiti tutti i diritti della manutenzione, e che perciò egli può in una maniera irrefragabile far uso dei mezzi necessarii, salva la condizione di non rendere gravosa la servitù imposta; ne viene la necessaria conseguenza, che se al padrone dell' acquedotto stabilito sul fondo altrui non compete la pienissima libertà di riformarlo, di cui gode il padrone d' un acquedotto stabilito sul proprio fondo, ciò non ostante a lui compete il diritto d' una *riforma*, resa necessaria dal corso del tempo, e dalle vedute d' una *necessaria* economia. La facoltà di riformare, di cui qui parliamo, viene ristretta dalla condizione di non rendere la servitù *più gravosa* di quello che era prima; perocchè la parità giuridica fra il dominante ed il serviente non può essere alterata fuorchè per uno scambievole e libero consenso dei medesimi.

§ 1101. Volendo passare dalla teoria generale agli esempii, giova esaminare una quistione proposta dal Pecchio. Egli si fa ad esaminare il caso di un canale serviente ad una irrigazione discontinua, e che passa sopra un altro. Egli fa riflettere che, sia questo di legno, sia di cotto, esso si mantiene intatto per breve tempo. Quello di legno, specialmente allorquando la condotta dell' acqua non sia perenne, viene disseccato dal sole, e quindi il tavolato si restringe, e nascono crepature, per le quali si rende inetto a rattenere l'acqua che scorre; dimodochè la maggior parte cade sul rivo sottoposto: per la qual cosa l' utente dell' acqua viene defraudato della quantità necessaria al suo uso, e viceversa il padrone del rivo sottoposto guadagna tutta l'acqua fuggita, e vantaggia alle spalle dell' utente del canale superiore. Lo stesso avviene nei canali di cotto, i quali parte perchè non sono continuamente bagnati, parte per l' azione del gelo e del successivo scioglimento, vengono corrosi specialmente nelle spalle laterali, e bel bello talmente si degradano, che si rendono inetti a rattenere e condurre l' acqua necessaria. A ciò s' aggiunge talvolta, che il terreno sul quale fu eretto il ponte-canale, riesce poroso e poco tenace, talchè le fondamenta si abbassano, e la fabbrica si sfascia. Per questi ed altri simili accidenti avviene essere necessario di riformare questi ponti-canali, i quali essendo per qualunque sforzo inetti, rendono necessario di costruire una tomba a sifone, ossia salto di gatto, e di convertire così il passaggio superiore in un passaggio sotterraneo. In questo caso si vuole sapere se il padrone del ponte-canale, domandando al padrone del rivo soggetto di potere costruire una tomba a sifone a proprie spese, di modo che il di lui rivo non abbia nulla a soffrire, e

dando anche cauzione di qualunque danno futuro, debba essere ascoltato nella sua domanda. Nel caso poi che quest' ultimo rifiutasse di acconsentire, se vi possa essere costretto per ministero del giudice.

Il Pecchio sostiene l'affermativa, per altro condotto a ciò da ragioni estrinseche di equità e di convenienza. « Quibus diligenter ponderatis » (dice egli), deducetur probatio efficax nostrae conclusionis, aptatis » aptandis; nempe dominum rugiae, ubi est construendus et aedifican» dus tumbonus, cogi posse officio judicis permittere vicinum in sua » rugia eum reponere, at sine periculo amissionis aquae valeat supra » tumbonum ducere, non per canalem: eo quod aquam ducere in ea » forma sit nimis damnosum aquam ducenti; ne talis aquae amissio ce» dat in commodum domini rugiae. Quod lucrum potest esse causa re» cusationis talis operis in domino rugiae. Ideo quoties dominus rugiae » servabitur indemnis per cautionem damni infecti vel cujuscumque, » tenebitur concedere tale aedificium. » *De aquaeductu*, Libro IV. Quest. 85. n.° 13.

§ 1102. Anch'io concorro nella sentenza del Pecchio, ma con motivi più diretti. È certo che la facoltà di passare col mio canale sopra il canale altrui è una facoltà accordatami, sia dalla convenzione, sia dalla legge. Questa mia facoltà forma una servitù pel luogo sottoposto. Qui dunque non si tratta della *sostanza*, ma bensì del *modo* solamente della servitù. Ma, concordato il primo modo, deve forse essere o ritenersi immutabile allorchè si trovasse nocivo all' uso, e quindi contrario alla destinazione per cui fu concordato? Bene al contrario. Accordata la servitù, se s' intendono conceduti i mezzi, per ciò stesso s' intendono conceduti i modi necessarii all' uso contemplato. Dunque se i primi modi si trovano contrarii, e se altri modi, salva l' indennità del fondo serviente, riescono necessarii ed opportuni; ne verrà la conseguenza, che si potranno abbandonare i primi modi nocivi, e si dovranno concedere gli altri modi utili, salva sempre l' indennità del proprietario del fondo sottoposto.

§ 1103. E per provare anche coll' autorità positiva la giustizia di questa soluzione, si richiamino qui le leggi che furono allegate nei Capi VIII. e IX. del Libro antecedente. È vero, o no, che nella leg. 3. Dig. *De aqua quot. et aestiva* viene stabilito che colui che ha diritto di condurre l' acqua può fare ciò che gli conviene, purchè non rechi nocumento agli altri utenti dell'acqua? Più ancora: nella leg. 11. Dig. *Comm. praed.* non troviamo forse la facoltà di deprimere o di alzare il rivo pel quale essa viene condotta, purchè ciò non sia espressamente vietato

dalla convenzione? Nel caso nostro non si tratta che della depressione, facendo passare l'acqua per mezzo di una tomba a sifone. Dunque siamo nel caso contemplato dalle leggi suddette.

§ 1104. Certamente se la mutazione ossia meglio la riforma della costruzione venisse fatta *senza necessità*, non avremmo il suffragio della legge. Ma nel caso nostro questa necessità esiste, e però siamo nel caso sanzionato e protetto dalle leggi medesime. In massima generale poi il nostro principio venne sanzionato anche colla disposizione degli articoli 697 e 698 del Codice Napoleone. « Colui al quale è dovuta una » servitù può fare tutte le opere necessarie per usarne e conservarla (di» ce l'art. 697). — Tali opere debbono farsi a sue spese, e non dal pro» prietario del fondo serviente; purchè il titolo di costituzione della ser» vitù non istabilisca il contrario » (dice l'art. 698). — In quest'ultimo articolo, nel quale si parla delle spese, si contempla anche il caso in cui per convenzione fossero state addossate al proprietario del fondo serviente. Ma attenendoci all'oggetto principale della questione, sorge il seguente dilemma: O la conversione del ponte-canale in tomba a sifone è necessaria per usare e conservare la ragione dell'acquedotto, o no. Nel primo caso la legge dà al padrone dell'acquedotto azione d'effettuare questa conversione, in onta del rifiuto del proprietario del rivo sottoposto; nel caso contrario poi quest'azione manca intieramente.

§ 1105. Ulpiano nella leg. 3. Dig. *De itin. actuque privato* propone il seguente caso: » Apud Labeonem quaeritur si pontem quis *novum* » velit facere viae muniendae causa, an ei permittetur? Et aut permit» tendum, quasi pars sit refectionis hujusmodi munitio. At ego puto » veram Labeonis sententiam, si modo sine hoc comeari non possit. » Nel caso nostro nel ponte-canale di cotto fatto sopra un terreno non coibente, e che va sfasciandosi, o con canali di legno i quali disperdono l'acqua, rendesi necessaria la tomba a sifone. Dunque deve accordarsi onninamente la conversione di questi ponti-canali in forza del principio generale proclamato dalla legge. Nè osta che l'opera si faccia di nuovo, poichè nel caso contemplato da Labeone e da Ulpiano si tratta appunto di un ponte nuovo per munire la strada. Dunque la novità è cosa inconcludente per ostare alla costruzione ogniqualvolta esista la necessità dell'opera. Anche il trasporto del canale da uno in altro luogo del fondo serviente, accordato dal Codice Napoleone onde abilitare il proprietario del fondo serviente a fare *riparazioni vantaggiose*, è un'opera nuova. Dunque per serbare la parità il padrone dell'acquedotto dovrà *per lo stesso titolo* essere abilitato a convertire il canale sovrapposto in una

riparazione o riforma vantaggiosa, per significare che non si deve consultare una rigidissima necessità della sussistenza dell'opera, ma comprendere eziandio una savia economia.

CAPO XIV.

Della purgazione e refezione. Che cosa comprendano. A chi ne tocchi la spesa. Della riparazione per caso di forza maggiore straordinaria.

§ 1106. Rilevate alcune circostanze straordinarie, risguardanti la manutenzione dell'acquedotto, le quali si riferiscono piuttosto ad una nuova effezione, di quello che alla manutenzione strettamente intesa, ragion vuole che passiamo alle funzioni della manutenzione ordinaria. La prima di queste funzioni è quella della *purgazione* del rivo. Secondo l'intelligenza comune, sotto questa parola si suole abbracciare quella operazione, mediante la quale si tiene sgombro un canale da tutte le materie che possono impedire o ritardare il libero deflusso di tutta l'acqua introdotta nel canale dispensatore, che si vuole condurre intiera agli usi divisati. — Quindi la ghiaja, il fango, ed ogni altra materia che trae seco una corrente, come pure lo schiantare o tagliare le erbe che nascono in mezzo all'acqua, e che sogliono così spesso ritardarne il corso e produrre rigurgiti, sono le operazioni che nel significato comune cadono sotto il concetto della purgazione degli acquedotti.

§ 1107. Le presenti osservazioni servono soltanto a supplire o ad interpretare le convenzioni, e non ad imporre nuovi doveri. Questi sono già stabiliti allorchè fu detto che il purgare, il ristaurare sono *mezzi necessarii* per conservare l'uso dell'acquedotto. Proseguendo adunque le ricerche per bene interpretare, si domanda se la refezione comprenda anche la purgazione, allorchè la refezione fosse addossata al serviente, ben inteso che la purgazione sia ristretta alla sola occasione della riparazione. Dico che si può intendere benissimo che sotto il nome di *ristauro* si comprenda anche la purgazione, come annessa. « Purgandi » verbum (dice Ulpiano nella legge 1. § 7. *De rivis*) plerique quidem » putant ad eum rivum pertinere, qui *integer* est: et palam est et ad » eum pertinere, qui refectione indiget; plerumque enim et refectione » et purgatione indiget. »

§ 1108. Secondo questo testo Ulpiano non intende veramente che sotto il nome di *purgazione* si comprenda anche la ristaurazione, ma solamente che sotto l'operazione della riparazione si debba intendere concordata anche la purgazione. Diffatti nel riparare un canale o acque-

dotto qualunque, può ad un solo tratto avervi bisogno di riparazione e di purgazione. E però siccome si ha diritto di avere il rivo quale fu posto in attività nella sua prima effezione, così se si trova ingombro, deve essere purgato. La *refezione* è opera straordinaria; la *purgazione* è opera ordinaria. Per altro l'intenzione di Ulpiano pare essere stata quella di prevenire i cavilli ed i puntigli che i litiganti sogliono trarre dalle materiali parole. In conseguenza di ciò egli ha insegnato, che concerdato l'obbligo di riparare o anche ricostruire un acquedotto, vi si comprende anche quello di *purgarlo*, e però che tutte le volte che si parla d'acquedotto bisognoso di riparazione si sottintende concordata anche la purgazione.

§ 1109. Affinchè poi s'intenda il pieno concetto di quelle che chiamansi *riparazioni*, *ristaurazioni*, *ricostruzioni* ec., Ulpiano stesso nel paragrafo antecedente si espresse nella seguente maniera: « Reficere » est, quod corruptum est in pristinum statum restaurare. Verbo reficien- » di, tegere, substruere, aedificare, item advehere, adportareque ea quae » ad eamdem rem opus essent, continentur. » Qui, come ognuno vede, la funzione delle riparazioni viene espressa tanto nella sua parte *principale*, quanto nella parte *sussidiaria*. Queste spiegazioni precludono il varco a minute e pur troppo spesso rabbiose contestazioni, le quali sotto il concetto di una più vaga generalità sogliónsi pur troppo frequentemente suscitare.

§ 1110. Quali sono i *limiti* delle riparazioni? Noi parliamo dei limiti *legali*, e non dei limiti *materiali*. Questi limiti legali sono di ridurre le cose in pristino stato, senza fare novità aggravanti la servitù. « Refi- » cere (dice la legge) est ad pristinam formam et modum iter et actum » reducere, sic ut ne dilatet quis, vel producat, aut deprimat, aut exag- » geret. Reficit viam et qui aperit et qui purgat, et omnes omnino qui » in pristinum statum reducunt » (1). Quanto al deprimere una *strada* o un *sentiero*, ed al divieto di ciò fare, questo appartiene alla *natura propria* di tali servitù. Noi abbiamo veduto che quanto all'acquedotto questo divieto non esiste, e ciò in forza dell'indole stessa della servitù di acquedotto. Ciò che importava nel caso nostro era di far intendere che la regola dominante della manutenzione è quella stessa che presiede all'effezione; vale a dire, che *non venga aggravata la servitù oltre i limiti*, sia delle convenzioni, sia delle leggi che l'accordarono. Dunque le novità aggravanti, e che offendono i diritti quesiti del proprietario

(1) Leg. 1. Dig. *De via publica*.

del fondo serviente, rimangono vietate nella manutenzione dell'acquedotto, come lo furono tanto nella effezione, quanto nell'esercizio o nell'uso del rispettivo diritto. Oltre al principio luminoso di ragione, che vieta ogni novità lesiva ai diritti altrui, abbiamo anche l'autorità positiva della legge. Ulpiano nella legge 1. § *Illud tamen* 15. Dig. *De aqua quotid. et aestiva* dice quanto segue: « Eodem modo Praetorem duci » aquam jussisse quo ducta est hoc anno. Proinde neque AMPLIORIS » modi, neque ALIAS permisisse potest videri. » Nella legge *Unde* 3. § *Fieri autem* 15. Dig. *De itinere actuque privato* Ulpiano dice: « Me» rito ad refectionem se Praetor retulit ut tibi, inquit, jus est reficias » uti jus est; hoc est ut reficias SICUT PER SERVITUTEM IMPOSITAM LICET. »

§ 1111. Qui il Pecchio scappa fuori con una obbiezione, ossia difficoltà da sciogliersi. « Ergo donec et usquequo quasi possessor aquae » ducendae non probaverit ei competere jus reficiendi rivum, non po» terit illum reficere LICET QUASI POSSIDEAT servitutem aquam ducendi. » (Lib IV. Quest. 10.)

Ma se possiede legalmente la servitù, com'è possibile che non abbia il diritto di ristaurare, mentre la ragione e le leggi riconoscono ciò *indispensabile* all'esercizio della servitù? Era piuttosto da dedursi l'inversa conseguenza; e questa era, che al possessore della servitù compete per legge il diritto della refezione, a meno che non si provi essere stato diversamente stabilito per via di convenzione. Allora solo subentra la regola: *pacta vestra leges vestrae*; allora vien dato o tolto, sia il diritto, sia l'onere della riparazione o della ricostruzione al padrone dell'acquedotto; allora solamente vengono modificate le maniere, o ripartite le spese, o ristrette le opere, ec. ec. Senza di ciò il padrone dell'acquedotto ha il diritto ed il carico della refezione assoluta, e dipendente dall'acquisto stesso dell'attiva servitù (Leg. 3. § 11. Dig. *De itinere*).

Il testo medesimo allegato dal Pecchio parlava da sè, ed esigeva appunto questa dottrina: « Fieri autem potest (dice il testo), ut quis jus » eundi habet et agendi, reficiendi jus non habeat; *quia in servitute* » *constituenda cautum sit ne reficiendi* jus sit, aut sic, ut si velit re» ficere usque ad certum modum reficiendi jus sit. » È vero, o no, che in forza di questo testo la facoltà di ristaurare non viene negata che in forza di convenzione speciale, e che per ciò stesso l'eccezione conferma la regola in contrario? Di grazia, da questo testo quale difficoltà poteva sorgere meritevole di risposta?

§ 1112. Si domanda *a chi tocchi* subire le spese della purgazione e refezione degli acquedotti. Tale quistione non può essere fatta fuorchè

in mancanza di espresse convenzioni su questo particolare. Allora diffatti sottentra la legge per determinare i rispettivi diritti e doveri. Rispondo adunque distinguendo: o parliamo della comproprietà di un'acqua, o parliamo distintamente della dispensa e della derivazione nuda di un'acqua. In ognuna di queste ipotesi variano i rispettivi diritti ed obblighi delle persone e delle parti interessate. E primieramente nel caso della semplice comproprietà delle acque conviene distinguere due *posizioni*. La prima è, che un dato canale sia *intieramente comune* ai comproprietarii, e solidale l'uso dell'acqua. Tale sarebbe il caso di più coeredi di uno stesso padrone d'un acquedotto, i quali convengono e riconoscono che i cavi siano comuni. In questo caso sotto un aspetto tutti sono dispensatori; sotto un altro aspetto poi sono tutti derivatori ed utenti dell'acqua indivisa. È per sè manifesto che qui la spesa della purgazione, della ristaurazione, della riedificazione, in breve l'intiera manutenzione dell'acquedotto cade sopra tutti in una maniera solidale, ben inteso che il carico sia proporzionale al godimento.

§ 1113. Possiamo supporre che l'acqua del cavo comune sia stata *divisa* fra essi, ed assegnata con date proporzioni in proprietà ad ognuno. Ma in questo caso sarà sempre vero che dovrà esistere o una fonte comune, o un tronco di un canale, il quale poi venga ripartito nelle rispettive porzioni assegnate. Qui dunque avremo il capo dell'acqua, il quale non si potrà mai considerare diviso; ed avremo pur anche tanti canali derivatori di speciale appartenenza d'ogni possessore. In questa posizione di cose ognuno sente ugualmente che, in mancanza di convenzione, la manutenzione del capo dell'acqua deve spettare a tutti i condividenti, e che la manutenzione dei canali derivatori spetta ad ogni possessore in particolare. Anche qui la proporzione dev'essere regolata a norma della quota d'acqua derivata da ognuno.

§ 1114. Passiamo ora all'altra ipotesi, nella quale il *dispensatore* sia distinto dal *derivatore*. In questo caso ognuno sente che, in mancanza di convenzioni, la manutenzione del canale, fontanile o lago dispensatore spetta intieramente al proprietario che dispensa l'acqua; talchè se ricusasse di subire le spese di manutenzione, in guisa che l'acqua fosse tolta o scemata agli utenti, egli sarebbe giustamente costretto a fare le opere e le riparazioni necessarie agli usi cui si obbligò (1). Quanto

(1) La ragione e la giurisprudenza ricevuta concordano in questa sentenza. Col contratto di *dispensa* l'utente non acquista servitù sull'asta del canale dispensatore, ma acquista solamente il diritto ad una data *prestazione* d'acqua. Il padrone di una cantina che vende vino, è tenuto egli stesso a conservare le botti e gli altri utensili. Quando i

poi ai *derivatori*, essi sono esclusivamente tenuti alla manutenzione dei rispettivi loro canali derivatori, senza che nè il dispensatore nè il proprietario dei fondi, pei quali si desse il transito all'acqua, debbano contribuire per nulla alle spese della manutenzione. Chiare sono le disposizioni di tutte tre le legislazioni. Quanto alla romana, ecco il testo. « In omnibus servitutibus refectionem ad eum pertinere, qui sibi servi» tutem asserat, non ad eum cujus res serviat » dice la legge 6. § *Etiam* 2. Dig. *Si servitus vindicetur.* I giureconsulti sono d'accordo. Veggasi Alciato, Responso 282; Cepolla, *De servitutibus rusticorum praed.* Capo XXXVII.; Pecchio, *De aquaeductu*, Lib. II. Cap. XI. Quest. 4.

Quanto poi al Codice Napoleone ed all'austriaco, è d'uopo ricordare gli articoli già riportati nel Capo XIII. del Libro antecedente in nota, che sono positivi. La stessa disposizione viene sanzionata e sempre supposta dalla legge 20 Aprile 1804, e dal relativo Regolamento.

§ 1115. Nella dispensa dunque, senza una formale e libera convenzione, il dispensatore non può esigere dagli utenti verun contributo per la purgazione o manutenzione del suo canale; e gli utenti non possono esigere nè da lui, nè dai proprietarii dei fondi attraversati, veruna spesa per la manutenzione dei canali derivatori. Il primo si farebbe pagare due volte senza titolo; i secondi caricherebbero senza titolo gli altri.

§ 1116. Ma qui si presenta una questione. Qual' è propriamente la manutenzione legale, cui taluno si possa intendere obbligato? Forsechè questa comprende anche i casi *straordinarii* di forza maggiore? Si badi bene ai termini del quesito. Qui parlasi di casi straordinarii. Tale sarebbe una corrosione di un fiume che minaccia rovinare il cavo dispensatore; tale un interramento improvviso apportato alla bocca, e che non derivò da mala costruzione del capo dell'acqua. Ora si domanda se il padrone dispensatore, vedendo minacciato il suo cavo, possa obbligare gli utenti alla spesa straordinaria che occorrerebbe per ostare all'imminente rovina del cavo suddetto.

---

compratori hanno pagato il vino ricevuto, lo hanno fatto quanto debbono. La vecchia giurisprudenza poi concorda in questa stessa sentenza. Testimonio ne sia il Pecchio che dice: « Regulariter loquendo, extrahens aquam » ab aliqua rugia non tenetur concurrere ad » aliquam expensam pro purgatione dictae » rugiae; sed tenetur tantum ad expurgatio» nem a buchello usque ad locum irrigationi » destinatum. » (*De aquaeductu*, Lib. II. Capo XI. Quest. 4. n.° 10.) Col *regulariter loquendo* intende significare, che, in mancanza di convenzioni o di speciali ordinazioni in contrario, la regola è, che il solo padrone del canale dispensatore sia tenuto alla purgazione del medesimo, senza farvi concorrere gli utenti. Ciò che dicesi della purgazione, si deve dire anche della ordinaria manutenzione, in forza appunto del principio unico di ragione, che regge tutta questa parte.

§ 1117. Questa quistione è suscettibile di due aspetti, i quali sgraziatamente sono stati confusi dal Pecchio. Altro è dire: *se tu vuoi* che io possa somministrarti l'acqua, devi concorrere con me ad allontanare la minaccia della corrosione; ed altro è dire: se tu non concorri, io ti fo giudizialmente *obbligare* al contributo necessario a far fronte al fiume minacciante. Nel primo caso si tratta di un diritto *facoltativo*, e che dipende dalla volontà dell'utente, il quale, *se brama* conservare la sua acqua, deve contribuire a respingere la minacciata corrosione. Nel secondo caso poi si tratta di un diritto *coattivo*, il quale suppone un'anteriore obbligazione contratta. Questa quistione poi sotto un altro rapporto non presenta che la tesi: = Per questi casi straordinarii il dispensatore non essere obbligato a subire la spesa di far argini o altre opere valevoli ad allontanare la minacciata corrosione. = Dunque, tutto considerato, si trova il dispensatore non essere *obbligato* per contrario a subire, non volendo, la spesa di far argini o altri ripari grandiosi e straordinarii; ma dall'altra parte si trova pur anche gli utenti non essere obbligati nè per contratto, nè per legge, ad accorrere in soccorso del dispensatore per questo caso. Questo caso è propriamente uno di quelli pei quali viene *estinta* la servitù per fatto di natura, ossia per evento di forza maggiore. Resta dunque che, per provvedere a tale bisogno, occorre il libero concorso tanto del dispensatore, quanto degli utenti; e però la quistione presente essere fuori della sfera del titolo originario, col quale fu costituita la servitù. Ciò sia detto compendiosamente, perocchè ci occorrerà tornare su tale quistione allorchè tratteremo la dottrina difensiva dell'acquedotto.

CAPO XV.

Guarentigie speciali della libera purgazione e ristaurazione degli acquedotti.

§ 1118. L'esercizio del diritto di manutenzione suole provocare spesso, o a diritto o a torto, quistioni fra il dominante e il serviente, fra gli utenti e i vicini, fra gli utenti e gli altri utenti, e finalmente fra gli utenti e i dispensatori (1). Il criterio onde sciogliere queste quistioni è semplice

(1) Per le spese poi suolsi eccitare quistione anche tra i fittabili ed i padroni. Ma tale quistione non appartiene nè alla servitù dell'acquedotto, nè al contratto di dispensa, ma bensì al contratto di locazione e di condotta. Il Pecchio tratta diffusamente questa quistione estranea (Lib. II. Cap. XI. Quest. 4). A questa occasione egli la tratta nei seguenti rapporti; cioè:

I. Fra il *locatore* e il *conduttore*, tanto

e lucido, perciocchè fondato sui principii dell'eguaglianza, sia contrattuale, sia legale, dei contendenti. Siccome però o l'una o l'altra parte tende ad abusare delle proprie facoltà, così deve intervenire il ministero della pubblica autorità. Se le parti tendessero ad invocarlo solo quando *fa d'uopo*, semplice e spedita riuscirebbe ogni controversia. Ma siccome quest'autorità si vuole impetrare o per finti pretesti, o per timori non fondati, o per titoli suggeriti da un mal inteso interesse; così in tutti questi incidenti, risguardanti la manutenzione degli acquedotti, la legge dovette stabilire una provvidenza, per la quale da una parte non venisse ritardato, anche con danno pubblico, l'uso degli acquedotti, e dall'altra rimanessero illesi i diritti rispettivi delle parti.

§ 1119. Che cosa fu praticato dalle leggi pel libero ed innocuo esercizio della manutenzione dell'acquedotto? — Consultando il Diritto romano, troviamo aver egli accordato una speciale protezione a questo esercizio. La cosa giunge a tale, che, a differenza della refezione di una strada o sentiero, la legge non esige la dimostrazione del titolo dell'acquedotto, ma le basta un possesso annuale manutenibile, cioè palese, pacifico, e per conto proprio. In vista di ciò solo ella guarentisce la libera manutenzione dell'acquedotto; talchè constando di questo possesso, la purgazione e refezione viene protetta. Sulla *semplice querela* di danni temuti o di novità illegali le leggi non s'avvisarono mai d'interporre un *divieto* che arrestasse le opere della manutenzione. Esse, trattandosi della purgazione e delle riparazioni degli acquedotti, prescrissero ai giudici di difendere i possessori degli acquedotti. Che cosa dunque dovremo dire di quegli scandalosi atti di forza, i quali per lo più si sogliono commettere dalla petulanza pecuniaria di alcuni agenti o fittabili, e dalla prepotenza di quei signori che credono le leggi essere fatte soltanto per la plebe?

§ 1120. Benchè la manutenzione in via contraddittoria con altri appartenga alla *ragione tutelare* contenziosa, avvalorata e diretta dalla pubblica autorità, e però non riguardi i *titoli*, ma bensì le *azioni* con-

---

per la purgazione, quanto per le riparazioni dei fondi affittati.

II. Fra il *marito* e la *moglie*, pei beni dotali e per gli stessi oggetti.

III. Fra l'*usufruttuario* e il *proprietario*, pei beni goduti e per gli stessi oggetti.

IV. Fra il *padre* ed il *figlio*, rispetto ai beni avventizii e per gli oggetti di cui sopra.

V. Fra il *gravato* ed il *successore*, rispetto ai beni fedecommessarii e pei suddetti oggetti.

VI. Fra i Vescovi, Beneficiati, Canonici, Rettori; in somma, fra i *possessori* di beneficii ecclesiastici ed i successori, per gli stessi oggetti.

Tutte queste discussioni, nelle quali si tratta d'altri rapporti legali, non possono trovar luogo nel presente Trattato.

servatorie; ciò non ostante credo bene accennar qui il principio, colla scorta del quale i proprietarii degli acquedotti possano anticipatamente esercitare con sicurezza i loro diritti. La tema di essere attraversati in una data opera paralizza ogni esecuzione, sì pel rispetto verso le leggi stabilite, sì per non far getto del denaro, e sì finalmente per non subire la mortificazione di far sospendere un'opera incominciata.

Sappiano dunque i legittimi possessori degli acquedotti, che le leggi specialmente proteggono la libertà delle riparazioni e degli spurghi, ed altre simili opere. Sappiano poi gli altri interessati, che queste leggi pensarono a provvedere eziandio alla loro indennità, vietando per altro ad essi di farsi giustizia di propria mano. Queste leggi non esigettero mai che il conservatore dell'acquedotto dovesse o dal serviente o dalla pubblica autorità impetrare la licenza di esercitare le proprie facoltà, accordate dalle leggi e dalle convenzioni. Assurda ed oppressiva sarebbe stata una tale disciplina, perocchè per uguale ragione si avrebbe dovuto cercar sempre la licenza di mangiare, bere e dormire. In questa parte dunque le leggi non vogliono esercitare fuorchè un' autorità *puramente tutelare*, e però esse non interpongono verun *divieto* se non *a causa conosciuta*, e non mai in via di *prevenzione*. Tutt'al più, data la cauzione per gli eccessi di potere degli operatori sull'acquedotto, allorchè si disputa di altre *novità* eccedenti, esse guarentiscono il danno eventuale temuto dagli altri interessati, ed assicurano loro l'indennità.

§ 1121. E perchè consti con quale speciale favore le leggi romane abbiano guarentita la refezione, e molto più la purgazione degli acquedotti, si ponga mente a quanto segue. Parlando della servitù di una strada o di un sentiero, e del passaggio connesso, il Pretore aveva distinto l'uso semplice dalla refezione. Quanto all'*uso*, egli aveva dichiarato: « Quo itinere actuque privato, quo de agitur, vel via hoc anno nec vi, » nec clam, nec precario ab illo USUS ES, quominus ita UTARIS vim fieri » veto » (1). Quanto poi alla *refezione*, egli aveva intimato: « Qui iti- » nere actuque hoc anno non vi, non clam, non precario ab alio usus » es, quominus et iter actumque, UT TIBI JUS ESSET, reficias vim fieri » veto. » Confrontando questi due editti del Pretore, Ulpiano osserva che per godere della protezione accordata al semplice uso di una strada, o altro simile, non è bisogno di far constare del *diritto* della servitù, ma basta il solo possesso annuale. All'opposto, trattandosi della *refezione*, conviene far constare tanto del diritto, quanto del possesso. « Hoc

(1) Leg. 1. § 1. Dig. *De itinere actuque privato.*

» autem a superiore distat (dice il detto Ulpiano), quod illo interdicto » *omnes* uti possunt qui hoc anno usi sunt: hoc autem interdicto eum » demum uti posse qui hoc anno usus est, et JUS SIBI ESSE reficiendi » oporteat. Jus autem esse videtur ei cui servitus debetur. Itaque qui » hoc interdicto utitur, duas res debet docere: et hoc anno se usum es- » se, et ei servitutem competere. Ceterum si desit, alterutrum deficit in- » terdictum; nec immerito: qui enim vult ire agere tantisper quoad de » servitute constet, non de jure suo docere; quid enim perdit qui eum » patitur hoc facere, qui anno fecit? Enimvero qui vult reficere, ali- » quid novi facit, neque debet ei in alieno permitti et moliri, nisi vere » habet servitutem » (1).

§ 1122. Ma che cosa fu disposto rispetto alla *refezione* dei RIVI? Forsechè fu imposto ai possessori della condotta d'acqua di far constare gli estrémi voluti nella refezione della strada o del sentiero? Udiamo quanto venne riferito da Venulejo nel Libro I. « Interdictorum de rivis » REFICIENDIS ita interdicitur: UT NON QUAERATUR AN AQUAM DUCERE » ACTORI LICERET. Non enim tam necessariam refectionem itinerum, » quam rivorum esse; quando non refectis rivis omnis usus aquae au- » ferretur, et homines siti necarentur. Et sane aqua pervenire nisi re- » fecto rivo non potest; at non refecto itinere difficultas tantum eundi » agendique fieri, quae temporibus aestivis levior esset » (2). Da questa disposizione della legge romana risulta, che trattandosi della refezione, e molto più della purgazione dell'acquedotto, basta il solo *possesso annuale manutenibile*, cioè esercitato palesemente, pacificamente, e a titolo di servitù attiva. Così l'utente potrà esercitare la refezione, la purgazione, ec. ec. Il Pecchio aveva sotto gli occhi questo testo. Come mai ha potuto non avvedersi che niun giureconsulto ragionevole avrebbe nemmeno per giuoco promosso il dubbio *contrario?*

§ 1123. Da questo passo di Venulejo ognuno comprende le leggi avere con ispeciale protezione guarentita la *manutenzione* dell'acquedotto al di sopra di quella delle strade stesse. Da ciò il giudice comprende come debba accogliere le opposizioni che si volessero addurre anche contro di un annuale possesso manutenibile, per impedire la purgazione o la refezione d'un acquedotto. La ragione addotta da Venulejo per gli acquedotti che servono agli usi domestici, si può applicare anche agli acquedotti d'irrigazione. Come potrebb'essere cosa mortale il sospendere le riparazioni d'un acquedotto di sostentamento pel motivo di non

---

(1) Leg. 3. § 13. Dig. *De itinere actuque privato.* — (2) Leg. 4. Dig. *De rivis.*

lasciar fare calcina, o di gettare materiali, o di altra simile operazione anche indebita; così pure sarebbe cosa disastrosa il sospendere l'irrigazione ad un prato, ed assai più ad una risaja, per motivi o veri o falsi dello stesso calibro. Eppure la gara ed il puntiglio si riscaldano più in queste contese, che nei casi d'un fallimento doloso.

§ 1124. Si dirà che col rimedio della cauzione *de damno infecto* si toglie l'opposizione. Ma prima di tutto io domando se ad un possessore legittimo si possa imporre questo carico. A buon conto in materia di *refezione* d'un rivo non si ammette la querela di *nuova opera* (conosciuta sotto il nome di *nunciatio novi operis*). Nella legge *Servitus* 3. § 8. Dig. *De rivis* Ulpiano dice: « Si quis *rivum reficienti* opus novum » nunciet, bene dictum est POSSE CONTEMNI operis novi nunciationem. » Ognuno sa che l'effetto della querela di nuova opera si è di dover *desistere* dall'opera. Quando poi vogliasi continuare, si deve dar *cauzione* di demolirla, nel caso che venisse giudicato essere stata eretta senza diritto. Non essendo ammissibile la querela di nuova opera, cade anche l'obbligo della cauzione. Da ciò segue, che nel caso della refezione del rivo non si ha diritto di esigere nemmeno cauzione, come non si può sospendere l'opera. In secondo luogo, se qualcheduno dovesse dar cauzione, io la esigerei da colui che pretende di far sospendere la riparazione, semprechè il danno e l'interesse fossero suscettibili di compenso. Con questo mezzo ognuno prima di suscitare opposizione penserebbe a valersi d'un titolo giusto e fondato, nè attraverserebbe con petulanza le operazioni di un innocente possessore. Tutto ciò può aver luogo in tutti quei casi ne' quali si tratti di un *danno riparabile* a giudizio finito, non altrimenti.

§ 1125. Ma le leggi, almeno vecchie, non avendo provveduto in questa maniera, noi siamo obbligati a prevalerci delle guarentigie da esse compartiteci. La provvidenza della legge romana, benchè non espressamente ripetuta dalle altre legislazioni, deve aver luogo sotto tutte; perocchè il motivo dei danni *irreparabili* suggerisce di non provocarne, ma anzi di prevenirne l'avvenimento. Per la qual cosa in punto di semplice purgazione e refezione degli acquedotti io sono d'avviso che i possessori godano e debbano godere della stessa protezione che ottennero sotto l'impero delle leggi romane. Il *solve* et *repete*, che si applica in alcuni casi, si può in altro senso applicare alla refezione e purgazione dei canali. Lasciate fare, e non sospendete il corso dell'acqua. Che se per caso il ristauratore dell'acquedotto eccedesse aggravando nella maniera della refezione, si potrà sempre fargli riformare l'opera a proprie

spese, o fargli pagare i danni inferiti, senza però ritardare il corso dell'acqua. Se poi si trattasse del caso nel quale egli toglie le tracce dello stato anteriore, si può far prendere memoria di questo stato mediante buoni mezzi probatorii, senza sospendere il corso dell'acqua.

§ 1126. In tutta questa bisogna per altro il potere *discrezionale* del giudice deve agire secondo l'urgenza. Sarà sempre impossibile stabilire regole alle quali strettamente uniformarsi. Basta che i giudici conoscano il *principio direttivo*, per usarne convenevolmente nei casi contingenti. Talvolta al giudice non rimane che la trista alternativa di appigliarsi al male minore, sia per la sua natura, sia per essere capace di compenso. Ciò ha luogo nelle occorrenze pubbliche. Io dovrei ora parlare della manutenzione *difensiva* dell'acquedotto, nel senso spiegato nel Capo X. di questo Libro. Ma siccome la dottrina legale, che riguarda tale argomento, non è altro che *una parte* della dottrina generale della *difesa contro le acque*, così mi riserbo a parlare della manutenzione difensiva degli acquedotti allorchè tratterò della *ragione direttiva risguardante la difesa privata contro le acque.* Questa difesa, sia per sè stessa, sia per relazione ai condotti lucrativi, importa di dover dare una certa direzione artificiale alle acque, almeno in via di opposizione. Dall'altra parte poi si può recar danno ad altrui, o almeno togliere certe facoltà. Sarà dunque necessario trattare di proposito quest'argomento, non dimenticando la manutenzione difensiva dei condotti d'acqua.

LIBRO V.

DELLA RAGIONE DIRETTIVA RISGUARDANTE L'USO DELL' ACQUEDOTTO.

CAPO PRIMO.

Preludio.

§ 1127. Il vocabolo *uso* nel comune linguaggio e in quello delle leggi si suole impiegare in parecchi sensi. Talvolta con esso si vogliono dinotare le *pratiche*, le *usanze*, o il *modo solito* di agire d'un uomo, d'una famiglia, di un popolo. L'idea che sta sotto a queste diverse applicazioni è la *frequenza* e la *ripetizione* degli stessi atti, pei quali nasce il concetto d'un ente morale a sè, che si suole designare coi nomi di *consuetudine*, d'*abitudine*, di *pratica*, ec. ec. Quest' idea si mostra allo scoperto allorchè parliamo delle discipline, sia meccaniche, sia morali. Così taluno disse: l'*uso* e l'*esperienza* signoreggiano le *arti*. I proverbii, che *l'uso si fa legge*, *l'uso si converte in natura*, altro non esprimono fuorchè la frequenza degli atti consimili far l'effetto di convertire in legge positiva o in abitudine predominante quella tal serie di atti. La parola *uso* viene talvolta assunta dalle leggi in questo stesso senso. « *Usus* (dice il Brissonio) etiam pro *consuetudine* ponitur. Sic in usu » id est, vulgari et quotidiano sermone, in communi vita, et ut diximus » in praxi » (1).

§ 1128. Spesso col vocabolo *uso* si vuole significare l'azione di ritrar utile da qualche cosa esterna, prescindendo se ciò si faccia di frequente o di rado, o anche per una sola volta. Allora l'*uso* non è altro che = la *funzione*, per la quale da una data cosa esterna taluno ritrae per sè un bene, o allontana un male. = Qual rimedio hai tu *usato* per guarire? quale sussidio per camminare? qual cibo per nutrirti? ec. *Io godo*, dicesi, un tale appartamento, per significare che io ne ho l'uso.

---

(1) *De verborum signific.* E qui cita le seguenti leggi. Leg. 45. Leg. 52. § *Quod tamen*, Dig. *De legatis*, 3. Leg. 3. Dig. *Ex quibus causis majores*. Leg. 1. § *Impuberi de S. C. Silaniano*. Leg. 75. § *Sed si legata*, Dig. *Ad legem Falcid.* Leg. 7. § *Cum hoc edictum*, Dig. *Ex quibus causis in possess. etc.* Leg. 49. in fine, Dig. *De edilit. edicto.* Leg. 158. Leg. 211. Dig. *De verborum significatione*.

§ 1129. Subalterno a questo significato è quello dell'*impiego* di una data cosa, la quale si fa servire di *mezzo* ad un dato intento. Dico che questo significato è *subalterno*, perocchè per regola generale gli uomini si propongono sempre di ottenere un dato bene, o di allontanare un dato male. Così il nome di *uso*, adoperato come sinonimo di un dato *godimento* o di un dato *impiego* di una data cosa, presenta due applicazioni, nelle quali viene sottintesa l'utilità della cosa *usata*. L'utilità abbraccia le due facoltà di procacciare il bene e di allontanare il male. Il *godimento* è l'effetto della prima; l'*incolumità* è l'effetto della seconda. L'*impiego utile* di una cosa costituisce la *funzione* per cui la cosa stessa si fa servire a produrre o l'uno o l'altro effetto. La parola *uso* sveglia l'idea di tali *funzioni*.

§ 1130. Queste applicazioni della parola *uso* sono precipuamente intese dalle leggi protettrici del bene, e direttrici delle azioni dei cittadini. Come l'*utile* forma il motore e lo scopo dello scambievole commercio, così pure forma l'oggetto cui le leggi intendono di pareggiare fra gli uomini, salva la comune libertà.

Non posso dire di usare una cosa, se io stesso o non la godo, o non l'adopero. La *connessione* fra l'utente e la cosa usata è tanto indissolubile, che senza di essa è logicamente *impossibile* poter concepire l'uso. Avendo *diritto* d'usare di una cosa, posso lasciarla godere o adoperare da altri. Allora potrò dire che *altri l'usa per me*, o in vece mia; ma non potrò mai dire d'usarla io stesso. L'uso è un fatto; il dominio è un diritto. Vero è che il dominio importa la facoltà di usare; ma quando è semplice facoltà, posso distinguerla dal suo *esercizio*. *Dalla potenza all'atto vi è un gran tratto*, dice il proverbio. *A potentia ad actum non valet consequentia*, dicevano gli scolastici. Ma considerando la cosa anche giuridicamente, è nota la distinzione tra la *facoltà* giuridica e la *funzione* di usare. In ogni caso però si tratta di cosa puramente *relativa* alle persone, perocchè inchiude sempre il concetto d'una funzione personale. Per questo motivo nella definizione fu apposta la frase, colla quale si dice che taluno RITRAE PER SÈ un bene, o allontana un male. *Personale*, e tutta personale, è la funzione e l'effetto dell'uso. Questa qualità è decisiva per tutti i rapporti giuridici, e per tutte le azioni e le eccezioni che ne dipendono.

§ 1131. Colla servitù *positiva* non si fa altro che dare e ricevere una cosa ad uso determinato (1). Diffatti il dominio rimane così presso il

(1) Col predicato di *positiva* intendo indicare quelle specie di servitù, per le quali colle cose nostre si procaccia un'utilità; a differenza delle *negative*, le quali importano

padrone della cosa serviente, che il dominante non ne diviene mai proprietario. In questo senso il *comodato* sarebbe una servitù *transitoria* d'una cosa *mobile*, come la servitù *temporanea* un *comodato* di una cosa *stabile*. La *durata* o l'*estensione* sono qualità *annesse*; ma la precipua e fondamentale idea della servitù positiva consiste nell'*uso* suddetto. Pare a taluno che nelle servitù prediali perpetue quest'idea sia perduta; ma dopo l'analisi da noi fattane (1) troverà che l'*uso* si effettua fra tutti i possessori che si *succedono* nel dominio dei fondi ai quali fu legato il servigio, dimodochè in questo caso non si aggiunge altro che la *successione* degli utenti, e nulla più.

§ 1132. In che dunque differisce la *servitù positiva* dall'*usufrutto*, e dall'*uso* inteso dalle leggi? Essa non ne differisce che per la *estensione* e la *forma* particolare dell'uso naturale medesimo. Coll'*usufrutto* si conferisce la facoltà di trarre da una cosa tutti i servigi competenti ad un proprietario (2). L'*uso legale* poi può essere esteso a tutti gli oggetti di godimento; ma differisce dall'*usufrutto* e quanto ai *limiti* del godimento, e quanto ai *poteri competenti* alla padronanza reale (3). La *servitù positiva*, per lo contrario, è ristretta ad un *dato servigio*, e nulla più. Da ciò seguono le enumerazioni delle servitù fatte dalle leggi. In forza di quest'affinità, anzi unità comune di carattere, in tutti i Codici bene ordinati le leggi sull'*usufrutto*, sull'*uso*, sull'*abitazione* e sulla *servitù* si succedono in ordine, talchè si vede una gradazione dell'*uso* naturale delle cose. Nell'*usufrutto* si vede raccolta la somma di tutti gli usi e delle facoltà accessorie dei padroni, tranne quella di alienare o alterare il corpo del bene usufruttuato. Nell'*uso* si vedono raccolti i godimenti puramente *personali*, e soltanto a misura dei bisogni; il più dei frutti però e anche la proprietà è riserbata ad altri. Nella *servitù* finalmente si vede compresa una sola *destinazione* principale d'una data parte a favore del dominante, salvo tutto il resto del fondo al proprietario, e salva la ricupera della parte assoggettata, avvenendo certi casi. Così dal tutto complessivo si passa all'unità sgranata, e viceversa. Anche alla comune dei giureconsulti non isfuggì la riflessione, che nelle *servitù*

---

il puro divieto di esercitare sulle cose nostre un atto per sè lecito, che viene riputato nocivo da altri.

(1) Vedi il Capo VIII. del Lib. I. di questa seconda Parte.

(2) Vedi la legge 1. Dig. *De usufructu*. Princip. Institut. *De usufructu*. Leg. 7. 9. 10. 15. 29. 59. Dig. *Eodem*. Cod. Napoleone, art. 578. 582. Cod. austriaco, § 509. 511.

(3) Vedi le leggi 2. 4. 5. 6. 12. 22. Dig. *De usu et habitatione*. § 1. 2. 3. Instit. *De usu et habitatione*. Codice Napol., art. 629. 630. 631. Codice austr., § 504. al 509.

positive l'idea dominante e centrale è quella dell'*uso;* talchè, mancando questo, non esiste più il *servigio*, ossia l'oggetto unico inteso e voluto (1).

§ 1133. Nell'idea trascendentale della proprietà non entra l'idea, sia di *usi obbligati* delle cose nostre ad altri, sia di *divieti* di atti del nostro dominio reale in grazia d'altrui. Quindi l'idea di *servitù reale* non è computata. Noi abbiamo qualificato queste servitù reali col nome di *ufficii prediali*, e le abbiamo considerate come *temperamenti* dei possessi di uomini conviventi in una reciproca contiguità (2); locchè comporta uno stato di una elevata civiltà, nella quale le proprietà stabili, l'industria, ed i riguardi di giustizia scambievole concorrano a formare quell'unità ed immortalità sociale, alla quale la natura e la ragione pare sospingere le più predilette popolazioni. Ora si vede che questi ufficii prediali e questi temperamenti non sono che un ricambio di utilità, e in sostanza consistono in usi speciali fisici dei beni stabili. Per questo lato entrano anch'essi a formar parte della *politica economia*, la quale dovrebbe estendere le sue considerazioni ai *temperamenti* dei possessi, ed alla *continuità* dei diritti richiesti dalla vita propria delle viventi società. Ma l'economia politica è oggidì una scienza ancora bambina, della quale appena sono stati tracciati i primi isolati elementi. Si è incominciato col fare l'economia *tutta ventre*, non pensando che l'uomo intiero concorre nelle funzioni economiche, e che *l'uomo tanto può quanto sa*, come disse Bacone. Oggidì da alcuni si è fatto un passo di più, aggiungendo anche la parte morale. Ma con ciò non si è fatto altro che *intuonare* la dottrina. La posterità l'aumenterà; e distinguendo le leggi di *fatto* economiche dalle leggi di *ordine* economico, giungerà al punto di collegarle col Codice civile, nel quale comprendo anche quello di commercio, e colla teoria dell'incivilimento successivo degli uomini e della vita degli Stati. Allora tutto il sistema degli ufficii prediali verrà qualificato come TEMPERAMENTO ECONOMICO permanente, e ne verrà segnata l'influenza sulle altre funzioni risguardanti la produzione delle ricchezze.

§ 1134. I servigi delle acque, e l'ordine legale di questi servigi occuperanno sicuramente un campo assai vistoso nell'agricola e manifatturiera economia. Egli è dunque importante dire ciò che la ragione, le leggi e l'esperienza ci additarono, e ciò a cui esse tendono, onde com-

---

(1) « Usus est requisitum principale in » servitutibus; quo cessante, et ipsam quoque cessare pernecesse est » dice lo stesso Pecchio *De aquaeductu*, Lib. II. Capo XI. in princ., n.° 11. in rubr. — (2) Vedi il Libro I. Capo VIII. IX. e X. di questa Parte.

piere l'ordine di ragione civile, agricola e industriale. L'*uso finale* della *condotta* dell'acqua esige soprattutto le cure di uno scrittore. Ho già fatto avvertire ch'esso è il primo in intenzione, e l'ultimo in esecuzione. Ho già esposto con quali mezzi venga *preparato*, *attivato*, e *conservatane* la potenza. Ora mi resta a dire come ne *debba essere regolato l'esercizio*, in mira di rispettare la gran legge di pareggiare fra i membri dell'unione civile l'utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà.

§ 1135. Per parlare con cognizione di causa, credo indispensabile riferire alcune cognizioni di *fatto*, senza delle quali non si potrebbero bene intendere le nozioni di *ragione*. Nè i magistrati, nè i giureconsulti, nè gli apprendenti, nè i periti medesimi possono pronunziar nulla di sicuro su questo argomento senza tali nozioni. Come esistono libretti che portano i titoli di AGRICOLTORE ISTRUITO, di CUOCO ISTRUITO ec., nei quali si espongono le pratiche materiali di queste arti, senza entrare in teorie di sorte alcuna; così dovrebbe esistere un libro intitolato l'ACQUAJUOLO ISTRUITO, nel quale, prescindendo da tutte le teorie matematiche, architettoniche, dinamiche ec., si descrivessero le pratiche usate nella condotta immediata delle acque, gli effetti che ne nascono, le liti che sogliono insorgere, ec. ec. Io non conosco un tal libro, il quale sarebbe pure cotanto utile e ricercato (1). Esiste soltanto una dispersa e tradizionale memoria di usi, e sono costretto a valermi di essa.

§ 1136. Dopo queste relazioni di *fatto* succedono ispezioni di *diritto*, le quali riduconsi ad un'applicazione dei dettami, sia generali, sia speciali, delle vigenti legislazioni. Anche qui debbo avvertire, che le leggi vengono soltanto *in sussidio* delle convenzioni. Sempre poi hanno per oggetto di *prestar mano* alle *azioni* ed alle *eccezioni* giuridiche delle parti, e nulla più. Io, seguendo l'economia del piano propostomi, non offro qui che le dottrine *teoriche*, vale a dire i principii e le regole eminenti di Diritto della soggetta materia, abbandonando le specificazioni ed i casi particolari, riserbati o alla particolare industria dei giureconsulti, o ad una esposizione separata. Fissati i punti cardinali, ognuno può, volendo, camminare senza traviare.

---

(1) Posteriormente fu pubblicato un libretto con questo titolo: *Manuale dell'acquajuolo, ossia delle costruzioni pratiche dell'acquedotto, delle leggi e delle convenzioni che risguardano l'acquisizione delle acque, della difesa giudiziale e stragiudiziale dei diritti portati dalla legge e dalla convenzione sulle acque, del commercio delle acque, e finalmente dell'uso delle acque e degli acquedotti. Opera adottata dal Prof. G. D. Romagnosi*, ec. Milano, Ottobre 1839, coi tipi di M. Carrara, ec. (DG)

§ 1137. Ora ecco la ragione e gli oggetti di questo Libro. L'uso di un'acqua può essere tanto *continuo*, quanto *interrotto;* tanto *totale*, quanto *parziale*. Quando è continuo, tutte le di lui parti sono in piena attività: l'*arrivo*, l'*impiego* e lo *scarico* si fanno ad un solo tratto, senza che alcuno vi ponga mano. In un opificio che movesi tutto l'anno voi vedete queste tre funzioni esercitarsi contemporaneamente, senza che sia necessario volgere giornalmente l'acqua nel canale. Non è così quando l'uso è *interrotto*. Prendiamone ad esempio la *irrigazione:* un solo momento di riflessione vi fa ravvisare in questa tre distinte e successive operazioni. La prima è l'AVVIAMENTO dell'acqua nel luogo da irrigarsi; la seconda, l'IMPIEGO dell'acqua sul fondo assoggettato ad irrigazione; la terza, lo SCARICO dell'acqua che sopravanza al bisogno della irrigazione.

§ 1138. Può accadere che fra il capo dell'acqua e il luogo dell'impiego di essa non siavi notabile intervallo; ma oltrechè questo è un caso speciale ed accidentale, esso non toglie la necessità almeno di aprire, quando fa d'uopo, il varco dell'acqua, per *inviarla* al suo destino. Ciò basta per distinguere l'*avviamento* dall'*impiego* e dallo *scarico*, e per considerarlo come fatto dell'uomo.

§ 1139. Nel solo avviamento dell'acqua possono, a motivo del *tempo*, del *modo*, della *quantità*, della *defluenza* ec., accadere molti incidenti, pei quali o gli utenti, o i dispensatori, o i soggetti al transito risentano detrimenti, incomodi, alterazioni senza diritto. Tutti questi incidenti possono essere *imputabili* a qualcheduno degli agenti che debbono concorrere ad effettuare l'*uso* delle acque. In questo caso ecco la necessità di conoscere il *modo fisico* onde prevenire gl'inconvenienti. Ma ecco pure la necessità di conoscere i *principii legali*, onde pronunziare ciò che è di ragione nel caso che taluno volesse lucrare a danno altrui in questa circostanza, e onde decidere sempre una lite sostenuta anche di buona fede.

§ 1140. In vista di queste considerazioni nell'*uso* delle acque furono appunto introdotte le *pratiche*, ovvero certe regole, sia di convenzione, sia delle leggi, dalle quali non è lecito discostarci. Queste pratiche debbono *variare* a norma dei diversi modi coi quali le acque si possono o si vogliono mandare agli usi. Tali varietà costituiscono appunto i *diversi modi* che vengono contemplati sì dalle leggi che dalle convenzioni.

§ 1141. E qui debbo far avvertire quale sia l'*aspetto* da esaminarsi nel *fatto* dell'uso. L'*impiego* dell'acqua, e i modi *innocui* della derivazione e dello scarico, non entrano propriamente nelle circostanze cui noi dobbiamo esaminare. Essi spettano all'agronomo, al meccanico, al-

l'architetto, al chimico, ec. ec. Il tenore delle pratiche e delle loro varietà non riguarda l'uso fatto sui fondi proprii, ma riguarda tutte le cautele necessarie onde *attribuire ad ognuno il suo.* Ora siccome ciò deve dipendere in prima dallo *stato fisico* delle cose, e dalle *funzioni esterne* dei direttori delle acque; ne viene che volendo stabilire i *fatti* sui quali la dottrina deve versare, ci è forza considerare almeno le *posizioni* più *vistose* indotte tanto dalla natura quanto dall'opera dell'uomo nell'*uso immediato* dall'acquedotto. Fra queste posizioni presceglieremo quella che riguarda l'IRRIGAZIONE, presa nel suo senso più ampio; perocchè le osservazioni su tale specie di condotta si potranno agevolmente accomodare ad ogni altra specie di *uso interrotto* delle acque private (1).

§ 1142. Trattando del fatto della irrigazione, noi distinguiamo le funzioni concernenti l'uso tanto fra il dispensatore e gli utenti, quanto fra utente e utente. Sotto il primo rapporto distinguiamo la dispensa che si fa *a bocca libera* dalla dispensa che si fa *ad incile munito.* Oltracciò, si esamina separatamente la circostanza dell'*avviamento* senza interruzione e deviazione della corrente principale, dall'avviamento mediante deviazione o perpetua o temporanea di questa corrente. Subalternamente poi dobbiamo far cenno, sia dei *segnali* per assicurarci ad un solo tratto se un gran canale dispensatore sia in grado di soddisfare o no alle dovute irrigazioni, sia delle altre *cauzioni*, sia dei *compensi* pei ritardi, o di altri accidenti. Tutti questi oggetti entrano a far parte della dottrina teorica risguardante l'*uso* diretto delle acque irrigatorie.

---

(1) Le acque d'irrigazione sono quelle che cadono sotto la precipua considerazione delle leggi risguardanti l'acquedotto. Noi troviamo queste essere state contemplate così dal Pretore, che Ulpiano, commentandone l'editto, domandò se esso si possa estendere ad acque destinate ad altri usi. « Illud quaeritur utrum » ea tantum aqua his interdictis contineatur » quae ad agrum IRRIGANDUM pertinet, an ve» ro omnis etiam ea quae ad *usum* quoque et » *commodum* nostrum. Et hoc jure utimur » ut haec quoque contineatur. Propter quod » etiam si in *urbana* praedia quis aquam du» cere velit, hoc interdictum locum habere » potest. » (Leg. 1. § 11. Dig. *De aqua cotid. et aest.*) Da questo testo rilevasi che la tutela legale, che serve per la condotta ed irrigazione, serve anche per la condotta ad altri usi.

SEZIONE I.

Della ragione direttiva risguardante la prima distribuzione delle acque private.

CAPO II.

Di quali acque qui si tratti. Rapporti che nascono dalla loro divisione o distribuzione.

§ 1143. Abbiamo distinto l'uso *continuo* dall'*interrotto*. Ma fra chi dobbiamo noi supporre quest'uso? Allorchè figuriamo diversi frontisti lungo un fiume privato, il quale scorre *naturalmente* costeggiando o attraversando i fondi loro, e consideriamo l'uso ch'essi fanno o possono fare dell'acqua di questo fiume, domando se figuriamo una cosa la quale possa veramente formare argomento di questo Libro. Io rispondo che no. Nel presente argomento si tratta dell'uso di un'acqua la quale si considera di *esclusiva proprietà* d'un qualche *privato*, ben inteso che sotto la denominazione di *privato* comprendiamo le Corporazioni e i Demanii medesimi. L'uso delle acque sopra figurate viene regolato dai dettami delle leggi sulla proprietà, quali appunto furono esposte al principio di questo Trattato, a cui ci rimettiamo.

§ 1144. Fissato così l'*oggetto proprio* materiale delle presenti disquisizioni, osservo che l'uso può cadere o fra più *compadroni* della stessa acqua, o fra un *padrone* e semplici *utenti* stranieri, sia a perpetuità, sia a tempo determinato. Nell'uno e nell'altro caso *dividendosi* l'uso, conviene dividere anche l'acqua: allora abbiamo tante dispense o servitù, quanti sono gli utenti ed i contratti fatti con essi.

§ 1145. Questa *funzione*, a norma delle persone fra le quali viene esercitata, assume diversi *nomi*. Considerate voi il padrone di un'acqua come distributore della sua merce a misura delle richieste che gliene vengono fatte? Allora a questo padrone imponete il predicato di DISPENSATORE. Chiamate poi col nome di DISPENSA la distribuzione che da lui viene fatta di quest'acqua. Considerate voi questa funzione stessa in *astratto*, fissando l'attenzione alla corrente dalla quale *distraete* una data parte, conservando la virtuale proprietà del canale, lago o fonte, nel quale rientra sempre nuova acqua? Allora a questa *funzione* così concepita date il nome di EROGAZIONE. Così chiamate *bocche di erogazione* tutte le aperture per le quali una parte dell'acqua figurata viene

sottratta ed inviata agli usi. *Condotti*, *canali*, *rivi* ec. *di derivazione* o *derivatori* appellate voi le vie per le quali l'acqua sottratta viene condotta al luogo destinato al rispettivo impiego; come pure chiamate col nome di CANALE DISPENSATORE la massa della corrente dalla quale estraete l'acqua derivata.

§ 1146. Queste diverse funzioni però non hanno luogo allorquando l'uso *intiero* d'una data corrente non è che *successivo;* o allorquando l'acqua venga *stabilmente divisa* in parti *perpetue*, dimodochè niuno possa dirsi padrone del corpo della corrente. Nell'uso *successivo* ed *intiero* non si dà luogo nè ad estrazione, nè ad erogazione, ma soltanto all'uso *individuo* di tutta la corrente. Nel partaggio poi di un'acqua la cosa e il dominio si riparte così, che si debbono necessariamente contare *altrettanti padroni* di una corrente propria, quanti sono i condividenti, senza che possiate investirli di altra qualità. Egli è lo stesso come se ognuno avesse un fontanile ed un rivo *tutto proprio*, e indipendente da ogni altro. È vero che tutti traggono *origine* da un dato punto *comune;* ma è vero del pari che quest'origine non toglie nulla alla *loro* reciproca indipendenza. Assicurato l'originario *deflusso* quale fu convenuto fra eguali padroni, benchè possessori di porzioni disuguali, niuno di essi dipende, quanto all'uso, dagli altri compadroni; come, fatto il partaggio di un terreno e assicuratine i confini, niun possessore dipende dal suo vicino per governare le proprie terre.

§ 1147. Questa posizione pare la più semplice di tutte. Siccome però il valore della proprietà dell'acqua non si può ben conoscere, se non si conosce bene l'uso della medesima; così si deve far precedere la dottrina di quest'uso, onde equilibrare gl'interessi dei condividenti. Altro è l'uso temporaneo, ed altro è la divisione temporanea di un'acqua. Oltre a ciò, altro è l'uso temporaneo con divisione, ed altro è l'uso temporaneo senza divisione. Pietro concede a Paolo per sei anni a titolo di locazione o di precario l'uso di un suo fontanile o de' suoi scoli d'irrigazione, senza riservarsi nulla. È manifesto che l'uso di Paolo è *temporaneo*, senza che v'abbia *divisione* alcuna di acque. Qui il *temporaneo* viene contrapposto al *perpetuo*. Sul corpo dell'acqua ceduta non cade *divisione* alcuna, perchè tutta l'acqua fu data ad uso. Qui dunque si verifica un uso *temporaneo* senza divisione dell'acqua.

§ 1148. Fingiamo ora il caso che Pietro nel cedere l'uso suddetto dell'acqua ne avesse accordata la metà a Paolo, e che avesse fatto stabilire un modulo. Qui si verificherebbe l'uso *temporaneo* e CONTINUO d'una *parte* dell'acqua di Pietro. Qui dunque si verificherebbe: 1.° la *tempo-*

raneità, quanto alla *durata* dell'uso; 2.° la *divisione*, quanto all'*oggetto* conceduto ad uso; 3.° la *continuità*, quanto al *modo* dell'uso.

§ 1149. Figuriamo invece che Pietro conceda a Paolo di usare di tutta l'acqua del suo fontanile in perpetuo in ogni estate. Qui abbiamo un uso *discontinuo*, ma *perpetuo* e *totale* dell'acqua. Se poi invece di concederla tutta non ne concedesse che la *metà*, in tal caso l'uso sarebbe *perpetuo*, *discontinuo* e *parziale*. Ciò che dicesi della metà si può dire d'un terzo, d'un quarto, d'un quinto, e così all'infinito. Egualmente ciò che dicesi di tutta un'estate si può dire soltanto di mesi, di giorni, di ore, sia in perpetuo, sia per tanti anni.

§ 1150. Se ciò che si deve praticare dall'utente nel primo giorno o mese od anno, si dovesse praticare, sia in perpetuo, sia dentro il periodo di tanti anni, sia nella prima volta, sia nelle volte consecutive, noi dovremmo necessariamente convenire che quanto alla MANIERA dell'*uso* è cosa per sè indifferente ch'egli sia perpetuo o temporaneo, continuo o discontinuo. Ciò che decide sono i mezzi e le condizioni colle quali si effettua l'uso *in sè stesso*, indipendentemente dalla sua continuazione o ripetizione. Così parlando della maniera d'irrigare un prato o di dar l'acqua ad una risaja, ciò che interessa è di aver l'acqua che fa di bisogno e quando fa di bisogno. Se la *quantità* dell'acqua, e il *tempo* nel quale deve cominciare e finir l'uso, sono *prefiniti* a norma del bisogno, io (quanto alla *maniera*) posso dire d'aver provveduto come conviene. La funzione viene consumata in ogni anno, anzi in ogni fiata; talchè in un altro anno o in altra fiata mi conviene *ripeterla*, come se la prima o le altre anteriori non fossero esistite mai.

§ 1151. Trattando della ragione direttiva dell'uso, e dell'uso IMMEDIATO, prima di tutto conviene concentrare l'attenzione su questa *maniera*. Dunque noi dobbiamo por mente a quei *modi* che ci fanno toccar l'acqua *quando* ci fa di bisogno, ed a misura del *bisogno*. Qui non parliamo più del dovere che il terzo può avere di somministrarcela, o di lasciarla passare; qui non parliamo nemmeno del corpo o della quantità che ci tocca. Qui si parla soltanto di avere a tempo debito in poter nostro l'acqua *competente*, in modo di adoperarla a nostro beneplacito. Ecco che cosa intendo per USO IMMEDIATO.

§ 1152. Ciò premesso, avverto che qui si tratta di conoscere in primo luogo i modi diversi di quest'uso immediato. Quindi i casi principali nei quali venga temporaneamente *divisa* e *distribuita* un'acqua debbono formare l'oggetto primo del nostro esame. Anzi tutto convien conoscere i *fatti*; indi esaminare i diritti. In questi fatti il primo di tutti è quello

della *maniera* diversa della distribuzione artificiale delle acque. Colla distribuzione si abbraccia anche la divisione. La *quantità*, il *tempo*, la *direzione* sono modi annessi a tale distribuzione. In questo fatto non si cerca se le persone siano o non siano padroni, o se i loro diritti siano o no permanenti; ma si tratta del solo *fatto* dell' uso.

§ 1153. In questo fatto dobbiamo distinguere il *principio*, il *mezzo*, il *fine*, avvegnachè in ogni *maniera* àvvi qualche cosa di diverso. Questo *principio*, questo *mezzo* e questo *fine* corrispondono appunto all'*avviamento*, all'*impiego* ed allo *scarico* dell'acqua. In queste tre funzioni noi non dobbiamo mai perdere di vista le spinte dell' interesse, le circostanze fisiche delle cose, e i limiti dell'umana potenza. Ecco le relazioni che conviene avere presenti in tutta la trattazione dell' *uso immediato* delle acque.

CAPO III.

Della distribuzione a ruota di tutta l' acqua di un canale.

§ 1154. Spiegate la tavola IX. annessa a questo Trattato. Ivi vedete un fontanile o laghetto colle due bocche A I, ed un rivo segnato A B C D E F G G, che fu scavato ad arte. Questo fontanile e questo rivo appartengono ad un stesso padrone. L'acqua di questo rivo non può essere impiegata all' uso dell' irrigazione se non tutta e successivamente. Il padrone del fontanile e del rivo era un tempo padrone di tutti i fondi circostanti; ma egli non volle venderli colla ragione d'acqua, ma si riserbò di farne commercio annuale a norma delle domande che gli venissero fatte. Quindi l'esistenza delle bocche segnate I. II. III. IV. V. VI. VII. non è che *eventuale*. Fuori dei tempi d'irrigazione è padrone di tenere asciutto questo canale, perocchè il fontanile ha un altro scaricatore delle sue acque in un lago vicino segnato K.

§ 1155. In una primavera in cui si previde che l'estate doveva riescire molto asciutta furono fatte molte petizioni d'acqua. Il padrone tenne in sospeso i contratti fino a che raccolse parecchi utenti. Convocatili a congresso, a norma della rispettiva località dei fondi, fu convenuto che il petente segnato N.° I avesse tutta la domenica per irrigare; il petente segnato II avesse il lunedì; quello segnato III il martedì; quello segnato IV il mercoledì; il V avesse il giovedì; il VI avesse il venerdì; il VII avesse il sabato. Fu regolata la distribuzione secondo la consuetudine, per eseguire gl' invasamenti, l'erezione e l' alzata delle chiuse. A questo effetto fu destinato un così detto *camparo* della condotta dell' acqua.

Giunto il tempo destinato a dar esecuzione al conchiuso nel congresso, ogni utente aveva già preparata la sua bocca, e destinato nelle ripe il luogo dove erigere la chiusa. La chiusa del N.° I doveva essere fissata nei due luoghi segnati *a b;* quello della chiusa del II nei punti *c d;* quello della chiusa III nei punti *e f;* e così di seguito, poco al di sotto della rispettiva bocca di ogni utente. E siccome il canale si trovava asciutto, così ciascun utente si trovò in grado di costruire la sua rispettiva chiusa, prima che incominciasse il giro della distribuzione dell'acqua. Per la qual cosa il primo utente anticipò la costruzione della sua chiusa molto prima che il padrone dell'acqua inviasse la corrente nel canale di distribuzione. Giunta l'ora concertata, il padrone del fontanile alzò la cateratta A, e lasciò correre tutta l'acqua nel canale distributore. L'utente N.° I l'avviò, mediante la bocca provvisoriamente fatta nel fianco del canale, ad irrigare i suoi prati. Tutta la domenica, giusta l'orario convenuto, l'utente N.° I si prevalse dell'acqua.

Spirato il tempo fissato per godere l'irrigazione, l'utente N.° II, il quale aveva già preparata la sua chiusa, levò la chiusa superiore fatta dall'utente N.° I, ed aprì il varco dell'acqua, onde farla giungere alla propria bocca. Da ciò venne che l'acqua prima trattenuta entro il primo tronco di canale segnato A B passò ad occupare ossia a prolungare il suo tronco fino alla chiusa segnata *c d.* Questa operazione chiamasi *invasamento*, come fu già spiegato nel Libro I. Capo XXI. Parte II. Nello stesso tempo che l'utente N.° II toglieva la chiusa opposta dal N.° I, l'utente N.° I chiudeva la bocca aperta da lui nel fianco del canale distributore. Diffatti senza di ciò, allorchè questa bocca fosse stata bassa, avrebbe dispersa la corrente, e privato il N.° II della sua competenza.

Con quest'ordine ogni utente successivo procede tanto per preparare la propria chiusa, quanto per togliere quella del superiore. Finito poi l'uso dell'acqua, egli procede a chiudere la bocca del proprio rigagno impiegato pei proprii fondi.

§ 1156. In tutta questa faccenda quali sono le funzioni che si presentano? Qui per ora si presenta il solo AVVIAMENTO. Quest'avviamento consiste realmente nel costruire per ogni utente il *capo dell'acqua*, e nel toglierlo, finito l'uso, per costruirne uno successivo a favore dell'utente che sussegue. La formazione di questo capo dell'acqua è appunto la funzione che denominasi *invasamento*. Finito l'uso del primo utente, quest'invasamento importa le due operazioni di togliere la chiusa antecedente, e di far serrare la bocca dell'utente superiore. Que-

sta ultima cautela non era necessaria pel primo utente verso veruno utente superiore, poichè nessuno altro esisteva prima di lui, fuorchè il dispensatore dell' acqua del fontanile. Questo stesso dispensatore era anzi obbligato di chiudere l' altro emissario ch' egli ha, e che abbiamo sopra figurato, onde non defraudare gli utenti della loro competenza. Dunque la cautela dev' essere praticata fra utente ed utente per chiudere le bocche dopo l' uso, onde prevenire la sottrazione dell' acqua altrui. Deve ugualmente essere praticata dal dispensatore verso tutti gli utenti, durante il periodo dell' irrigazione, ogni volta che si tratti di eseguire una dispensa come fu qui figurata.

§ 1157. Mi si domanderà perchè si costumi di far togliere la chiusa superiore dall' utente inferiore. Ovvio è il motivo. L' utente superiore ha bensì tutto l' interesse di chiudere a tempo la sua traversata, e di chiuderla meglio che può prima che giunga l' acqua, onde riceverla nel tempo e nella quantità dovuta; ma questo stesso utente non ha più un eguale interesse per levare la chiusa fatta, onde l' acqua decorra prontamente all' utente inferiore: anzi questo inferiore ha tutto l' interesse contrario di avere appunto l' acqua nel detto tempo e nella data quantità. Ecco il motivo di questa pratica, adottata almeno comunemente.

§ 1158. Procedendo avanti nell' esame di tale maniera di dispensa, ci accorgiamo tantosto che qui non fanno di bisogno nè misure, nè calcoli, nè teorie; ma che tutto può procedere con giustizia e verità, senza questi sussidii. — E perchè ciò? Perchè qui si tratta di assegnare *tutta* l' acqua qualunque siasi di questo canale, e di farne successivamente godere agli utenti già designati. Allorchè dunque si adempisca alle due condizioni di non *sottrar nulla* al corpo dell' acqua assegnato, e di essere *puntuali* nell' ora della consegna, resta adempiuto a ciò che si deve per soddisfare alle ragioni delle parti.

§ 1159. A schiarimento del linguaggio dell' arte e della pratica fo osservare quanto segue. L' uso successivo di più utenti, che in diversi giorni ed ore *l' uno dopo l' altro* ricevono l' acqua, e la impiegano nella irrigazione, fa nascere la distinzione del *periodo* dell' uso dalla *durata* rispettiva di ogni irrigazione. Considerando l' uso successivo fra tutta la serie degli utenti in ragione di giornate o di ore, sorge l' idea della così detta RUOTA *d' irrigazione*. Questa ruota non è altro che la serie successiva dell' uso dell' irrigazione medesima, il quale incomincia dal primo utente, e finisce nell' ultimo, per tornare da capo. La *durata* poi della irrigazione di ogni utente si suole denominare ORARIO *della irrigazione*. L' *orario*, come ognun vede, può esistere senza la *ruota* tutte

le volte che si tratti o di un utente solo, o di più utenti contemporanei. Diffatti figurando una corrente, la quale ad un solo tratto possa soddisfare a molte prese di acqua temporanee, si verifica bensì la misura del tempo d'ogni utente, e quindi ha luogo un orario, ma non si verifica ruota veruna, perchè tutti gli utenti prendono la loro acqua nello stesso tempo.

Ogni utente, per ciò che riguarda i proprii diritti di compra e vendita, di ricevimento e prestazione, è realmente indipendente da ogni altro, come ogni concorrente a comprar vino ad una cantina rimane *indipendente* da ogni altro concorrente. Ricordiamoci che nel contratto di mera dispensa non si tratta nè punto nè poco di alcun rapporto nè di *società* nè di *servitù*. Quand'anche poi si trattasse di servitù, tante sarebbero le servitù, quanti sono gli utenti.

§ 1160. Dopo avere parlato del fare le chiuse che attraversano il canale, o le altre che chiudono le bocche, debbo far osservare che nei canali non consacrati a dispense *stabili* non sogliono fabbricarsi chiaviche nè chiuse permanenti; ma soltanto, se si tratta delle bocche, suolsi tagliare momentaneamente il fianco del canale, e poi otturarlo di nuovo colla terra primiera. Se poi si tratta delle chiuse attraversanti, si sogliono impiegare assoni, pietre, col sussidio eziandio, se fa d'uopo, di tele od altro, per impedire che l'acqua sfugga durante l'invasamento e la irrigazione.

§ 1161. Fin qui abbiamo esposto un metodo di dispensa che suole essere frequente fra le *piccole* correnti possedute e poste in commercio. Noi abbiamo esposto il metodo complesso di questa dispensa, per presentare ad un solo tratto molte particolarità unite. Il fatto sta però, che in questo metodo non si fa altro che eseguire successivamente il più grossolano ed il più antico artifizio delle così dette *pescaje*, delle quali abbiamo parlato nel Libro I. di questa seconda Parte. Diffatti spiegando la tavola V., vedete che il canale A B si può raffigurare come canale distributore. Allorchè si vuol fare la chiusa di sassi segnata *a b c d* per volgere l'acqua nella bocca C D, si eseguisce realmente un invasamento; ma praticando questa funzione che cosa nasce? Prima di stabilire la chiusa *a b c d* è certo che tutto il canale A B si trovava pieno d'acqua. Facendo la chiusa suddetta, sarà bensì vero che io interrompo il primo avviamento della corrente, e lo rattengo colla detta chiusa; ma sarà vero del pari che l'acqua che si trovava *al di sotto* della detta chiusa seguita a trascorrere fino a scolare o a rendere asciutto il tratto di letto inferiore, tal quale viene rappresentato nella detta tavola V.

§ 1162. Quest'acqua così troncata, che va a scolare e a perdersi nel declivio verso B, realmente non è più *acqua viva*, ma viene denominata *acqua morta* per le ragioni da noi accennate a suo luogo. Nell'uso comune poi delle dispense questo tratto d'acqua così troncato, e defluente nel canale, chiamasi CODA DELL'ACQUA. Tal nome gli viene attribuito perch'esso succede dopo finito il periodo della dispensa, stantechè l'acqua inviata nel canale non potendo tornare indietro, forza è che si scarichi come ultima appendice dell'invasamento che fu necessario di fare. Nel caso delle pescaje noi abbiamo veramente una coda d'acqua *antecedente*, e non *susseguente*, come nella dispensa figurata e descritta in questo Capo; perocchè lo scolo di questa prima rimanenza precede appunto l'uso possibile dell'acqua deviata dalla pescaja. In questa, tolta la chiusa *a b c d*, l'acqua s'incammina ancora nel canale; talchè segue continuamente un'acqua viva, senza che si possa figurare coda alcuna.

§ 1163. L'uso di questa coda nelle dispense fra più utenti può essere vario, non quanto alla sua legge fisica, ma quanto alla ragione legale. Diffatti spesso si suole computare nel commercio delle acque come compenso che si dà all'ultimo utente pei ritardi eventuali sofferti in grazia di tutti gli altri. Questi ritardi sono spesso inevitabili, anche prescindendo dalla mala fede e dalla negligenza degli altri coutenti, come l'esperienza lo insegna tuttodì. Taluni per altro, che malamente si figurano una comunione di godimento dove non havvi realmente che una somma di tanti godimenti staccati, hanno mosse quistioni onde partecipare almeno *pro quota* di questa coda, e farla ripartire *per capita* sopra gli altri coutenti. Ma ciò è totalmente contro ragione. Diffatti ogni utente, avuta la sua competenza, non può pretendere di più. Dunque il dispensatore, volendo, potrebbe anche gratificare l'ultimo utente con maggiore acqua degli altri, senza ch'essi avessero da pretendere un uguale trattamento. Il diritto di questi altri utenti essendo per sè stesso isolato, come fu già avvertito, esclude qualunque comunione, condominio, compartecipazione, diritto di accrescimento, detto volgarmente *jus adcrescendi;* come nella dispensa del vino di una cantina il mercante può gratificare qualche suo compratore con una misura più sovrabbondante, senza che gli altri possano querelarsi di questa predilezione. Ciò sia detto onde prevenire compendiosamente le quistioni opposte, trattate diffusamente dal Pecchio.

CAPO IV.

Della permutazione degli orarii d' irrigazione. Esame dell' opinione del Pecchio sulla loro legittimità.

§ 1164. Esposto il metodo di dispensa particolare che suole usarsi molte volte nei piccoli canali, come sopra fu descritto, rimane a vedere in via legale se la pratica inveterata di permutare le ore fra gli utenti possa o no essere canonizzata. Dico *la pratica inveterata*, perocchè ne veggo fatta menzione un secolo e mezzo fa, cioè a dire a' tempi nei quali scriveva il Pecchio. Talvolta accade, dic' egli, che taluno nel giorno e nelle ore in cui può irrigare i proprii beni non abbisogni dell' acqua, sia perchè i prati di lui siano in procinto di essere segati, sia perchè in quel tempo altri beni di lui non abbisognino effettivamente d' essere irrigati. Allora accade che fra gli utenti si tratta di permutare le ore (1). Questa permutazione consiste nel farsi cedere da un altro utente il suo orario, o colla promessa di concedergli reciprocamente, quando gliene faccia bisogno, l'orario proprio, o con una indennizzazione pecuniaria per questa cessione. Così Pietro, che aveva la ragione di acqua nella domenica, si volge a Paolo per farsi cedere la ragione d'acqua del venerdì, colla promessa o di restituirgli l'acqua colla permutazione della propria ora della domenica, o contro determinato prezzo. Il Pecchio dice: « Vidi etiam fides factas per plures fictabiles de hu» jusmodi usus permutatione. » Qual' è la sentenza del Pecchio? « No» stra est conclusio, nullo modo posse utentes permutare horas vel dies » inter se, altero contradicente seu invito. »

Qual' è la ragione di questa sentenza negativa del Pecchio? Egli comincia col citare la legge *Servitutes* 4. Dig. *De servitute*, dalla quale ricava la tesi generale: *pactum in servitutem appositum, eo modo quo est, esse servandum.* E qui si estende a provare questo principio. Da esso conclude dicendo: « Ideo cum jam inter ipsos utentes concessa » fuerit servitus irrigandi certo tempore, seu potius usus a quo fuerit » horis vel diebus destinatus, eo modo quo fuit destinatus, eodem mo» do veniat servandus. » E qui prosegue sulla necessità di osservare i patti stabiliti fra i contraenti.

§ 1165. Prima di passare agli altri motivi non legali, de' quali dappoi il Pecchio fa uso per proscrivere la pratica delle permutazioni degli

---

(1) Lib. II. *De aquaeductu*, Cap. IX. Quest. 22.

orarii, credo indispensabile esaminare questo primo suo motivo. Anzi tutto osservo che qui non trattiamo una quistione di *servitù*, ma di mera *dispensa*, la quale non può venire regolata che colle leggi comuni ai contratti di compra e vendita, di locazione o conduzione, di comodato, e simili. In secondo luogo poi osservo che l'indole di questo contratto esclude precisamente le applicazioni volute dal Pecchio. Sia pur vero che la ruota d'irrigazione sia stata concordata. In pratica però ciò non suole *sempre* accadere, stantechè accordare tante ore d'acqua all'uno o all'altro si fa con *singoli* contratti fra il dispensatore e l'utente. Ma supponiamo che la pratica di concordare la ruota sia costante; e che per questo? Ciò toglie forse ad ogni utente il diritto di fare la suddetta permutazione? Veggiamolo. Nel contratto di dispensa non si può vedere altro che la domanda di un utente al dispensatore, e la promessa di questo di dare tutta l'acqua pel dato giorno e per la data ora. Ciò che cade nella convenzione fra le parti interessate non è che la data acqua in una data epoca, e per tante ore di godimento. L'ordine, come diritto, non serve che per determinare quando incominci e quando finisca il diritto di ogni utente. Ognuno non ha azione ad esigere altro che l'acqua in una data epoca e per tanto tempo, e nulla più. Se tanto il dispensatore, quanto qualunque altro utente, turbasse l'esercizio di questo diritto, l'utente avrebbe azione contro il perturbatore fino al punto di provocare l'azione penale, come prescrivono le leggi. Fuori di questo caso, in forza del contratto concluso, è impossibile trovare verun *titolo* il quale possa autorizzare un utente contro dell'altro a vincolare l'esercizio della propria padronanza rispetto all'impiego dell'acqua. Fra utente ed utente non passano che obbligazioni ossia doveri puramente *negativi;* vale a dire, niuno può turbare l'altro nell'esercizio delle sue funzioni, o nuocere, od impedire, o ritardare i mezzi stabiliti per effettuare la irrigazione. Soddisfatti questi doveri negativi, ognuno è *indipendente* nell'esercizio delle proprie ragioni, e particolarmente nell'impiego dell'acqua che gli tocca.

§ 1166. Proibireste voi che l'utente N.° III, dopo introdotta l'acqua nel suo rigagno, la ceda o la lasci godere ad un suo vicino, o la tramandi intiera a lui, astenendosi dall'usarne egli pei proprii beni? No certamente. Gli utenti successivi, quando hanno la loro acqua *a tempo*, non hanno diritto di cercare altro. Ogni utente *uguale* all'altro avrebbe contro dell'altro uguale diritto di non permettere che un determinato uso tutto proprio, vietando qualunque altro. Così *par in parem haberet imperium;* locchè è assolutamente assurdo in qualunque Diritto na-

turale e positivo. A che dunque riducesi la cosa? Essa si riduce al punto di vedere se la permutazione delle ore sia veramente e necessariamente INCOMPATIBILE colla ruota concordata ed obbligatoria per gli utenti. Fingete voi che sia COMPATIBILE colla esecuzione di questa ruota? In tal caso non vi può essere motivo nè principio legale alcuno, pel quale la permutazione si debba proibire. Fingete voi che sia veramente INCOMPATIBILE? Allora si avrà un vero titolo giuridico di non concedere la permutazione.

§ 1167. Fissato così il vero stato della quistione al suo punto legale, altro non rimane che una ispezione *di fatto*, per la quale si dimostri la pretesa compatibilità od incompatibilità della permutazione colla esecuzione della ruota convenuta ed obbligata. Esaminata l'ispezione, troviamo che il Pecchio stesso è obbligato a convenire *potersi permettere* la permutazione, attesochè si può evitare questa incompatibilità. Egli dopo avere disputato e caldamente declamato contro la pratica delle permutazioni, esce al N.° 28 col seguente passo: « Posset forsan admitti hu» jusmodi permutatio, quando fieret *sine praejudicio* omnium conten» tium: quod esse potest si, exempli gratia, penultimus buchellus ha» beret tres dies vel 40 horas vel 20, et primam diem vel etiam secun» dam permutaret, dummodo tertia die aquam duceret ad proprium bu» chellum; ita ut quarta die, in qua subintrat ultimus buchellus, ha» beat aquam *in loco promptam* ad introducendam in suum buchellum. » Et si habeat solummodo horas 40 quando permutaret horas 20 pri» mas, et in alias 20 aquam duceret pro sua irrigatione; vel si haberet » solummodo horas 20, et decem primas permutaret, in aliis vero de» cem haberet aquam quae immediate in buchellum inferiorem illico et » juxta solitum possit introduci, tunc *potest* admitti hujusmodi permu» tatio cum NULLUM PRAEJUDICIUM EXINDE RESULTET. »

§ 1168. Da questo passo si vede che tutto l'affare consiste nel far sì che il rispettivo utente, il quale succede al permutante, abbia l'*acqua pronta* per essere introdotta nella sua bocca. Ora domando io: questa funzione si può o no eseguire in pratica? Se si può eseguire, dunque si potrà conciliare la permutazione colla ruota d'irrigazione. Ma così è, che questa si può effettivamente eseguire, com'è per sè notorio, e come il Pecchio stesso confessa. Dunque consta formalmente potersi praticare la permutazione senza turbare la ruota convenuta ed obbligata dell'irrigazione. Dunque a torto il Pecchio sostiene non potersi legalmente approvare queste permutazioni.

§ 1169. A qual partito dunque è ridotto il Pecchio? Egli è ridotto a

sostenere che gli utenti hanno diritto d'impedire la sovversione dell'ordine, come contraria al patto stabilito; confessando per altro, che gli utenti non hanno altro diritto, che quello di avere l'acqua nel loro luogo e tempo. « Tunc (egli dice) potest admitti hujusmodi permutatio cum » nullum praejudicium exinde resultet, *nisi tantum ordinis subversio*, » quam possunt impedire omnes utentes si voluerint, eo quod sit contra » pactum conventum; nec utentes habeant majus jus nisi pro aqua du» cenda suis loco et tempore. » Ma dopo le cose premesse nel presente Capo, nelle quali abbiamo analizzato l'indole giuridica della ruota stabilita, ognuno può vedere qual forza possa avere questa osservazione del Pecchio. Chi ha detto a lui che la sovversione dell'ordine, quando riesce *innocua* ad ogni rispettivo utente, possa diventare una infrazione del contratto, onde attribuire reciprocamente l'azione che il Pecchio pretende? Si nega poi che qui si verifichi la sovversione legale dell'*ordine*. Ogni utente, quando riceve a suo luogo e tempo l'acqua che gli tocca, può forse accusare che sia sovvertito l'ordine? L'ordine e la ruota sarebbero sovvertiti allorchè fosse tolto il giorno o le ore che toccano rispettivamente al tale o al tal altro utente. Nella permutazione da noi intesa non vi ha *sovversione di ruota*, ma solamente *sostituzione di persona;* talchè la ruota riesce *intatta*, e soltanto il godimento resta *scambiato*.

§ 1170. La ruota legale dell'irrigazione, in quanto può partorire azione giuridica, viene costituita dalla condizione, che *ogni bocca* possa avere a tempo e luogo determinato quell'acqua che fu pattuita. L'*ordine* della distribuzione consiste nell'adempimento di questa condizione. Ma così è, che colla suddetta permutazione non viene nè punto nè poco violata tale condizione. Dunque colla suddetta permutazione non viene nè punto nè poco sovvertito l'*ordine* convenuto e doveroso. Dunque l'argomento del Pecchio è vizioso.

§ 1171. Dico ancora di più: egli si fonda sopra un supposto positivamente *assurdo*. Quando il Pecchio riconobbe che la permutazione si poteva eseguire in maniera *innocua*, qual fu la condizione *di fatto* che egli richiese? Che l'acqua *fosse in pronto* nel luogo e nel tempo pattuito. Ma coll'essere così in pronto, è vero o no che non si può sovvertire, ma anzi non si può che eseguire l'ordine stabilito? Dunque è impossibile figurare sovversione quando si ponga l'acqua in pronto; dunque è assurdo supporre che vi possa essere sovversione d'ordine, quando non siavi nè ritardo, nè diminuzione; dunque il Pecchio coll'ammettere l'*incolumità* dell'interesse degli utenti, e coll'asserire nello stesso

tempo che esista *sovversione* d'ordine legale, pone insieme due cose contraddittorie. Posta diffatti l'incolumità, si effettua l'ordine. Com' è mai possibile figurare allora una sovversione di lui? Eppure il Pecchio suppone queste due cose ad un solo tratto.

§ 1172. Per dare poi un esempio del come si possa innocuamente praticare la permutazione dell'orario, spiegate la tavola IX. Figurate che Pietro posto al N.° I, a cui tocca l'acqua in domenica, si rivolga a Paolo posto al N.° VI, al quale tocca l'acqua in venerdì, e lo preghi a volergli cedere il suo orario. Paolo acconsente, ma con due condizioni: la prima, che allo spirare del venerdì l'acqua sia pronta alla chiusa del N.° VI segnata; la seconda, di potere portarsi al N.° I a levare la chiusa, e far chiudere la bocca N.° I, onde far decorrere l'acqua alla chiusa N.° VI al tempo convenuto. Per correspettivo di questa cessione ed incomodo si pattuisce o un ricambio di orario, o un prezzo determinato. Ciò concordato, prima che giunga il venerdì, Paolo o fa la sua chiusa, ovvero non si cura di farla. Se fa la sua chiusa, egli all'incominciare del venerdì fa togliere la chiusa N.° V, e ne fa chiudere la bocca. Dal canto suo Pietro al N.° I fa la sua chiusa, e diverte la corrente per goderne in tutto il corso del venerdì.

§ 1173. Qual è il primo effetto di questa pratica? L'acqua rattenuta nella chiusa N.° VI resta ferma durante tutto il venerdì; talchè l'invasamento del N.° VII si può fare senza perdere un solo momento, e con tanto meno di perdita d'acqua, perocchè la chiusa N.° I non abbisogna molto prima dello spirare del venerdì d'essere levata. L'acqua poi decorrente nel tronco no 'l trova asciutto, nè si disperde con danno del N.° VII, perchè vi rimase durante tutto il venerdì, come se Paolo ne avesse usato. Con questo metodo si levano fino gli scrupoli eccitati dal Pecchio. Quando poi Paolo non voglia il disturbo di fare la chiusa, può lasciar decorrere la coda antecedente dell'acqua alla chiusa del N.° VII, che sicuramente non la rifiuterà, e portarsi a tempo a levare la chiusa N.° I, o incaricarne il N.° VII in correspettivo della coda antecedente concedutagli. In questa pratica qual lesione di diritti, quali indebiti aggravii, quali ritardi, quali dispersioni si potrebbero incontrare?

§ 1174. Qui il Pecchio insorge, osservando che queste permutazioni di orarii erano occasioni di frequenti risse e anche di omicidii tra i fittabili ed i loro villici, e però brama che siano vietate. Questa osservazione fa onore al cuore ed al buon zelo di Pecchio; ma domando se faccia onore ugualmente alla sua giurisprudenza ed alla sua logica. Altro è dire che una convenzione sia illegale, ed altro è dire che le parti non

la vogliano fedelmente eseguire. Perchè molti fornai commettono frodi nel fabbricare o nel vendere il pane, e ne nascono alterchi coi compratori, direte voi che non sia lecito vender pane?

Orsù, dove sono gli argomenti legali del Pecchio? Se mi parlate della pratica, voi la potete rendere perfetta anticipando la trasmissione dell'acqua al luogo destinato. Se poi mi parlate delle querele, queste rimangono prevenute colle discipline sopra descritte, le quali derivando dall'essenza del contratto, si possono sempre esigere. I regolamenti politici poi vengono in sussidio per guarentire dalle violenze.

CAPO V.

Della distribuzione a bocche tassate.

§ 1175. Per *bocche tassate* intendo dinotare tutti quei manufatti, per mezzo dei quali viene distribuita o erogata un' acqua corrente, sia in perpetuo, sia per un determinato tempo, in modo che ne risulti una DATA INTESA QUANTITÀ. L' uso delle bocche tassate non può aver luogo che nell' uso *parziale* delle acque, vale a dire soltanto quando si tratta di assegnare solamente una data parte di un' acqua.

§ 1176. È cosa per sè indifferente che la *misura* sia espressa con oncie, o digiti, o scrupoli, o punti, od atomi; che l'acqua esca da un modulo rotondo, quadrato, quadrilungo ec., purchè chi presta e chi riceve siano sicuri di non prestare e non ricevere nè più, nè meno, nè più presto, nè più tardi di quello che fu pattuito. A fine di ottenere questo intento è necessario adoperare uno strumento che indichi fedelmente la *differenza sensibile* fra l'una e l'altra quantità d'acqua erogata. Dico che indichi la differenza sensibile, tanto per indicare che non si tratta di paragonare nè il volume nè il peso specifico dell' acqua rispetto a corpi stranieri, come per far sentire che nel commercio ordinario non si deve far punto su differenze che sfuggono all' occhio ordinario, e che potrebbero essere rilevate solo col microscopio.

La *fedeltà* d' un misuratore viene determinata dalla sua *capacità* a segnare o mediatamente o immediatamente queste differenze. La *comodità* poi viene costituita dall' attitudine di esso ad indicare *facilmente* e *prontamente* codeste sensibili differenze.

§ 1177. Nella costruzione e collocazione delle bocche tassate qual è l'*uffizio* che da loro viene esercitato, o almeno che si vuole venga esercitato? Quello d' un distributore che a misura del braccio vi dà una stoffa; quello d' un bottegajo che vi dà la merce colla bilancia; quello

d'un oste che vi dà il vino a boccali; quello d'un agricoltore che vi consegna le derrate collo stajo e col coppo. Ma ditemi: se coll'usare quel dato braccio vi desse un'oncia di più o di meno; se colla data bilancia, col dato boccale, col dato stajo accadesse lo stesso; potreste voi dire giammai ch'essi siano *fedeli?*

Nelle bocche tassate quale sarà il vero e reale criterio per conoscere se siano fedeli o infedeli? Paragonare la quantità *presunta* dell'acqua dentro un dato tempo emessa da una data apertura, coll'acqua *realmente* sortita da quella stessa bocca e in quello stesso tempo. La quantità *presunta* è quella che a forza di calcoli e di misure voi diceste che sortirà da quella bocca entro quel tempo; la quantità *reale* è quella che il fatto sperimento dimostra esserne realmente uscita. Quando fra la quantità *presunta* e la *reale* non passa differenza sensibile, o almeno essa è così piccola che nel commercio riesce sprezzabile, allora la bocca tassata si dirà *fedele;* in caso contrario si dirà *infedele.*

§ 1178. Ma nella distribuzione delle acque correnti per irrigazione il più delle volte riesce impossibile fare questo paragone. Dunque siamo assolutamente forzati a valerci delle misure *presunte*, come se fossero *reali.* Questa osservazione è decisiva per tutte le contrattazioni e per tutto l'uso delle acque. Essa ci conduce alla conseguenza necessaria di inchiudere in ogni contratto di dispensa *tassata* una specie di TRANSAZIONE, in forza della quale le parti, rimettendosi alla misura *presunta*, rinunciano a qualunque reclamo che da più raffinate posteriori scoperte potrebbe essere provocato, senza per altro rinunciare al diritto, *in via di pura verificazione*, di far correggere e accertare la più verosimile e meglio dimostrata misura presuntiva.

§ 1179. A fine di schiarire i rapporti giuridici di questa osservazione siami permesso valermi d'un esempio. Io trovo verso la fine d'un voluminoso libro stampato un certificato d'un signor Ingegnere in Capo espresso nei seguenti termini:

« Dichiaro e certifico con mio giuramento, che quando pel corso di » molti anni ho prestato in questa Provincia l'attivo servigio d'Inge- » gnere in Capo del Corpo d'acque e strade, trovai non senza meravi- » glia conservata in vigore l'antichissima pratica di misurare le acque » correnti, nonchè i bocchetti di derivazione, col semplice metodo del- » l'onciato, cioè moltiplicando la larghezza per l'altezza in once del » braccio del paese, e riducendo ogni figura irregolare all'espressione » di once; sotto la quale denominazione si usa quadrare le luci d'ogni » grandezza. »

« L'elemento principale della velocità non è tenuto a conto, e così » si prescinde da ogni altra circostanza dedotta dai principii teorici e pra» tici della idrometria. »

« Emerge chiaramente che tale antichissima costumanza è anteriore » di secoli al ritrovato di quelle regole fisico-matematiche, mediante le » quali le attuali misure corrispondono meglio all'esattezza. Ma appun» to la vetusta consuetudine, e le vetuste concessioni fatte e legittimate » coll'indicato metodo non potrebbero atterrarsi; sebbene sia certo che » in generale i proprietarii delle acque concedute ne ricaverebbero som» mo vantaggio se la velocità fosse calcolata, ed alle nuove concessioni » venissero applicati gli opportuni principii idrometrici. D'altronde man» cando nei regolamenti in corso il modulo indicato dalla legge 30 Apri» le 1804, e dal Regolamento 20 Maggio 1806, mentre gli Statuti pa» trii o le altre carte relative al tempo delle concessioni hanno eserci» tato la suindicata misura, mi è sembrato doveroso di non alterarla con » novità che, quantunque più esatte, pongono a soqquadro un uso in» veterato. »

Sulla prima parte di questo certificato, nel quale si attesta quale sia la pratica di fatto della Provincia, non v'è nulla a ridire; ma quanto alla seconda si può forse accordare al signor Ingegnere in Capo quanto egli espone? Veggiamolo.

§ 1180. Dopo averci detto che nelle pratiche ivi usitate non si tiene conto della velocità dell'acqua defluente dal modulo, ci dice che le *attuali misure corrispondono meglio all'esattezza.* Io sono curioso di sapere se esista qualche Matematica, la quale fra un *no* ed un *sì* permetta parlare di maggiore o minore esattezza. La misura di un'acqua senza computarne la velocità non solamente è misura inesatta, ma non è nemmeno una MISURA. Tutte le volte che, pensando soltanto ad un'acqua defluente, io non so nè posso sapere quante brente e quanti boccali ne sortano in un dato tempo, io non ottengo nè posso ottenere *misura alcuna.* Ma qui siamo appuntino nello stesso caso. Dunque non siamo nel caso di una misura più o meno esatta, ma bensì nel caso della NESSUNA MISURA; dunque siamo nel caso in cui si tratta del *sì* e del *no.*

Veggiamo ora se il signor Ingegnere giudichi meglio in Diritto, che in Idraulica. Le vetuste concessioni, egli dice, non si debbono atterrare. Dunque non è lecito verificare coi metodi moderni quanta sia l'acqua che fu conceduta coi metodi antichi. Concedo l'antecedente, e nego la conseguenza; e per tutta dimostrazione mi rimetto alle cose discorse nei Capi IX. X. XI. del Libro III. di questa Parte.

§ 1181. Ripigliamo il filo della nostra trattazione. Sia che l'acqua sia stata conceduta senza computare le tre dimensioni, sia che sia stata ceduta contemplandole tutte, ma adoperando un misuratore *inesatto*, sarà sempre vero che l'oggetto reale conceduto, ossia l'*acqua come sta*, dovrà essere mantenuta; ma egli è vero del pari che mediante più esatte verificazioni potrà, ad istanza delle parti interessate, essere determinata, onde accertare ognuno di quello che possiede, di quello che ha diritto ad ottenere, e di quello che può impiegare negli usi economici. Saviamente il sig. Tadini avvertì quanto sia importante l'uso dei più fedeli misuratori in un oggetto di tanto prezzo: per la qual cosa io penso che tutte le bocche o non indicanti la misura idrometrica, o che la segnano inesattamente, si possano riformare, salva la prestazione inviolabile di tutta l'acqua.

§ 1182. Mediante le bocche tassate si può distribuire l'acqua in maniera sì *continua* che *discontinua*. Quando viene distribuita in maniera *continua*, si alza la cateratta esteriore fino a quel segno che si presume l'utente ottenere la sua competenza, e si conserva così alzata mediante una lamina di ferro dentata apposta di dietro al manico della cateratta, la quale appoggiando sull'architrave dell'incastro, tiene alzata la cateratta medesima. Affinchè poi non venga rimossa a piacere, si praticano nella cateratta diversi fori, attraverso dei quali si fa passare un catenaccio che viene assicurato con chiave, la quale rimane presso il custode delle acque; come pure si colloca il così detto *gatello* al luogo conveniente. Parimente la luce del modulo che trasmette l'acqua si suole munire con una lastra di ferro, ad oggetto che non venga ampliata. Siffatta cautela è antichissima in Italia, ed io ne ho veduta la prova in uno strumento del 1223.

Questa operazione si suol fare in una stagione, nella quale il livello del canale dispensatore non è troppo basso, ed in cui soprattutto ricorrono i bisogni delle irrigazioni. Da ciò viene, che l'erogazione tassata *continua* è variabile al variare dell'altezza dell'acqua nel canale dispensatore, ma è propriamente *relativa* solamente all'altezza che l'acqua aveva allorchè fu attivata la bocca, e fissata la prima cateratta ad una data altezza. Da ciò viene, che se l'acqua si accresca nel canale dispensatore, e in forza d'una maggiore pressione faccia in un dato tempo entrare nelle bocche maggior copia di acqua, questa non entra nei computi della erogazione, e cade a vantaggio dell'utente.

§ 1183. Se poi parliamo d'una erogazione *discontinua* mediante le dette bocche tassate, allora pure si debbono praticare le cose di sovra

esposte, tranne la elevazione fissa della cateratta ad un dato segno, perchè la cateratta si alza e si abbassa all'opportunità. Ed affinchè niuno venga defraudato, l'acqua viene introdotta alzando la cateratta al segno di ottenere il battente stabilito: dimodochè se l'acqua non giunge a quello, si alza un po' più la cateratta; e se lo sopravanza, si abbassa. Ora qui il battente o è scoperto, o no. Se è scoperto, non v'ha bisogno che di volgere l'occhio sul modulo, per vedere se l'acqua giunga al segno bramato. Se poi è coperto (come accade nelle trombe magistrali milanesi), in tal caso si fa uso di un segnale facile ed immediato. Questo consiste nel calare una bacchetta di legno dentro il principio della bocca, facendole toccare la soglia. Essa resta immersa e bagnata fino all'altezza alla quale giunge l'acqua *dietro* la cateratta. Allora estraendola si vede fin dove sia giunta l'altezza dell'acqua. Se, presa la misura, si scuopra esser giunta all'altezza che deve avere per fare il battente, allora si lascia la cateratta al punto in cui si trova. In caso contrario si alza o si abbassa fino al punto in cui si ottenga l'altezza desiderata.

Con questo metodo si trasmette un'acqua DISCONTINUA tassata mediante bocche fisse collocate nelle sponde dei canali dispensatori. Un esempio si vede raffigurato nella tavola VII., nella quale in sostanza viene espressa la così detta *tromba magistrale milanese*, a cui fu tolto il coperchio, denominato *cielo morto*, che si estende dalla cateratta C fino al modulo E. Ognuno vede che quando si dovesse erogare l'acqua a cielo scoperto, alzando la cateratta C, e tenendo l'occhio sul modulo E, si potrebbe vedere se l'acqua giunga alla sommità del modulo stesso, onde ottenere il battente. Quando poi si dovesse immettere l'acqua a cielo coperto, allora conviene dietro la cateratta usare l'artificio della bacchetta sopra descritto, il quale appunto viene praticato dai *campari* delle acque.

Ogni utente può assistere a questa funzione quando gli piaccia, o farvi assistere persone di sua confidenza, onde assicurarsi se gli viene somministrata la sua competenza. Correre al rivo o al prato per vedere quando giunga l'acqua e in quale quantità, è il più stolido partito, quando ciò si pratichi per *sapere* se sia stata consegnata l'acqua dovuta. Oltrechè coll'occhio non si misura l'acqua, si aggiungono o possono sopravvenire molti accidenti, pei quali o il deflusso dell'acqua sia ritardato, o la quantità ne sia diminuita senza colpa veruna del dispensatore.

CAPO VI.

Della legalità delle bocche d' irrigazione.

§ 1184. Per sapere unicamente quant' acqua *abbisogni* per irrigare un prato o coprire una risaja, non sono necessarie le teorie idrauliche. Per sapere quante staja di sabbia occorrono per coprire ad una data altezza un dato piano, ho forse bisogno di calcoli penosi? No certamente. Data la superficie di tanti metri quadrati, e trovato che per coprire di sabbia ogni metro quadrato all' altezza di un dito occorrono tante staja di sabbia, fo tosto il conto quanta se ne richiegga per coprirne un dato piano all' altezza di un dito. Qui l' acqua si può figurare come la sabbia. Si possono prendere tante oncie solide come unità, e servirsene come di elementi o misuratori, e la cosa è fatta.

§ 1185. Ora volgiamoci all' altro estremo. Supponete che io conosca le leggi del movimento delle acque correnti. Quando sarà che questa mia cognizione riescirà proficua al commercio delle acque? Allorchè, io rispondo, avrò trovato uno *stromento*, col quale ognuno si possa accertare di avere in un dato tempo tanti quadretti, tante brente, tante oncie solide d' acqua. Fino a che non avrò trovato questo stromento, non potrò mai vantarmi d' aver trovato ciò che si domanda. Ecco a senso mio l' oggetto preciso, al quale si deve prima di tutto soddisfare in materia di dispensa tassata delle acque. Qui si esige non la teoria delle tre dimensioni, ma l' applicazione concreta, e l' uso pratico e sicuro di questa teoria in fatto di distribuzione. Io domando una bilancia fedele, un indicatore sicuro, un misuratore verificato, prescindendo per ora dalle altre funzioni della condotta.

§ 1186. Ridotta la domanda a questi termini, bramo sapere se questo misuratore esista. In ogni secolo ed in ogni paese si è praticato un determinato modo, e si è avuta fiducia in quello. Comunque varie sia stato questo modo, esso fu accreditato, sia presso un' intiera popolazione, sia presso dati contraenti. Non v' ha che una ragione universalmente ammessa, la quale possa dappoi screditare un modo più che l' altro, o screditarli anche tutti. Ma troppo sterile e doloroso riescirebbe questo frutto dei lumi acquistati, se ci dovessero convincere del mal fatto, senza insegnarci a far meglio.

§ 1187. Qual' è la nostra odierna posizione in fatto di *misuratori* delle acque d' irrigazione? Possiamo noi fidarci di quelli che vengono praticati, onde non essere defraudati nelle nostre contrattazioni? A questa

domanda conviene rispondere con distinzione: o noi parliamo dei misuratori *anteriori* alla vera teoria delle acque, ovvero dei *posteriori*. Se parliamo degli *anteriori* seguíti anche al dì d'oggi, noi, per universale consenso dei conoscitori, dobbiamo rigettarli assolutamente come infedeli, e spogliarli persino del nome di *misuratori*. Se poi parliamo dei *posteriori*, nei quali si procurò di computare le tre dimensioni, a me pare assai difficile poter decidere se fra questi se ne possa preferire qualcheduno, oppure se siano tutti difettosi, o tutti accettabili.

§ 1188. Osserverò solamente, che in una quistione tanto interessante come questa, niun savio uomo ne commetterà mai la decisione alle sole cifre algebraiche, ma esigerà eziandio un ricco corredo di bene attestati sperimenti, applicati all'uso concreto delle bocche d'irrigazione. Gli zampilli, le cannuccie, i tuboli, le vaschette, i tini sono belli e buoni per l'accademia, ma non sono nè punto nè poco sicuri per la campagna. Quel che dovrà sempre spaventare un solido fisico o idraulico si è, che mutata l'*unità* di misura del modulo, si cambia sotto la mano il soggetto dell'induzione così, che senza il soccorso dell'esperienza è assolutamente impossibile passare con sicurezza dal piccolo al grande. Questo è lo scoglio che s'incontra sempre quando si tratta di maneggiare le forze vive e spiegate della natura. Un elemento incognito s'intrude sempre di soppiatto allorchè passiamo dal piccolo al grande, in forza del quale si deludono i nostri calcoli, e spesso si rendono frustranei i nostri tentativi. Io potrei citare migliaja di esempii.

§ 1189. Qual'è la conseguenza di questa osservazione? La conseguenza è, che dobbiamo indagare se nella soggetta materia esistano MISURATORI ACCREDITATI, mediante il criterio del quale fu parlato nel Capo antecedente, cioè mediante il *paragone* fra il risultato *presunto* ed il risultato *reale*. Quand'anche non avessimo sperimenti con moduli assai larghi, basterebbe averne con moduli minori, perchè almeno una dispensa si potrebbe effettuare con più moduli ad un tratto. Ora domando come stiamo. Nell'atto che siamo ricchi di calcoli, penuriamo enormemente di sperimenti. Sappiamo, per esempio, essersi di passaggio verificato che dal modulo detto *oncia milanese* escono in un minuto primo brente trentadue e mezzo circa (1); ma sappiamo del pari, che allargato il modulo dell'oncia, non somministra una quantità corrispondente aritmeticamente alla superficie ampliata, ma nasce un divario.

(1) Veggasi il Capo XI. *Dell'uso della tavola parabolica per le bocche d'irrigazione, di Francesco Maria de Regi*, pag. 67-68. Milano, dalla tipografia Borsani, 1804.

§ 1190. Gran che! si lavora dì e notte per seguire il corso della luna e dei pianeti, e per rettificarne i calcoli, e si abbandona ad una presuntiva speculazione un ramo cotanto importante di stabile economia. Qual'è la riflessione che si presenta qui al proposito dei *misuratori*, ossia delle bocche d'irrigazione moderne usate nei diversi paesi? Che le critiche scambievoli di paragone, fatte a furia di cifre algebriche, non si possono riguardare come soddisfacenti, o almeno come *sicure*, nè per approvare, nè per condannare. Il pirronismo qui non è esagerato, ed ogni uomo prudente viverà sempre in esso fino a che la luce degli esperimenti non gli dêtti ciò che deve giudicare.

Frattanto il giureconsulto ed il magistrato assumerà come verità di fatto e come punto convenuto i modelli ai quali le parti si riportarono; ben inteso sempre che per essi si computino le tre dimensioni essenziali a qualunque solido. Ricordiamoci che l'unico punto d'appoggio è la verità *estrinseca*, e non l'*intrinseca;* e che però àvvi una giustizia *politica*, come una giustizia *filosofica*. L'uomo retto concorda l'una con l'altra; il magistrato non può amministrare che la politica.

§ 1191. Nelle quistioni sull'uso delle acque, attese le nubi che involgono ancora questa scienza, si può nutrire buona fede, anche violando la verità; e ciò quando si pecca per ignoranza dei metodi migliori che rimangono ancora a scoprirsi. Non v'ha alcun mediocre perito che non senta la necessità di questi miglioramenti, e niuno si cura di effettuarli. Io perdono ai molti che no'l possono; ma quelli che lo potrebbero sono essi scusabili?

§ 1192. Concludiamo la quistione sulla legalità delle bocche d'irrigazione. Dico adunque, che escluse quelle, nel costruire le quali non si tenne conto delle tre dimensioni, o nelle quali non si ebbe cura di applicare le più ovvie conseguenti costruzioni, si debbono riguardare come legali tutte le altre, benchè di costruzione variata fra loro, almeno fino a che con *palpabili sperimenti* non ne venga provata l'infedeltà. Fino a che giunga questo tempo, niuno può aver diritto di esigerne la correzione, salva sempre la ottenuta competenza dell'acqua; locchè comprende la data quantità entro il dato tempo. Ciò si potrà fare adattando il nuovo modulo in guisa che riesca capace a somministrare tante misure d'acqua dentro il dato tempo, come faceva la bocca primiera. Questa riforma diverrà necessaria, onde non essere defraudato nelle erogazioni future.

§ 1193. Colla massima ora premessa passiamo all'esame delle diverse pratiche usate in Italia nella dispensa tassata delle acque. Io non abbi-

sogno di ricordare che qui non si tratta di qualsiasi uso immediato delle acque d'irrigazione, ma soltanto dell'uso delle acque contrattate a quantità determinata. Quindi l'uso intiero di un rivo, come fu descritto nel Capo III. di questo Libro, non entra qui in considerazione, stantechè tutta l'acqua viene successivamente usata dai rispettivi utenti. Qui dunque rapporto a quest'uso non si discorre nulla. Resta soltanto a vedere quali fra i diversi misuratori praticati nei diversi paesi d'Italia siano quelli che possono riguardarsi come *legali*, giusta la massima spiegata nel Capo antecedente. Io prego i lettori a penetrarsi a dovere dell'oggetto vero e preciso della ricerca, e a non voler sostituire il criterio architettonico al criterio legale. Pensino che al nostro oggetto basta che le rispettive costruzioni dello strumento dispensatore presentino la plausibile applicazione delle fondamentali teorie idrometriche, presentando la capacità di somministrare la verosimile quantità dell'acqua trasmessa.

Per procedere con ordine seguiremo la situazione geografica dei diversi paesi distinti dall'attuale loro divisione politica. Noi ci prevaleremo della suddetta Memoria del sig. Cav. Brunacci, e di quella *del signor* Tadini, *Sulle acque correnti* (Milano 1816, dalla tipografia Sonzogno).

CAPO VII.

Pratiche piemontesi antiche e moderne.

§ 1194. Consta da titoli e documenti, che nel 1474 si cominciò ad adottare un'unità di misura dell'acqua a piede quadro, per concessione fattasi di acqua del naviglio d'Ivrea, proveniente dalla Dora.

Nel 1356 una concessione d'acqua della roggia, ossia *bealera*, detta *di Caluso*, fu anch'essa a misura del piede quadrato, intendendosi del piede liprando del Piemonte.

Successivamente nel secolo decimosettimo l'unità di misura ha preso la denominazione di *ruota*, esprimente la quantità dell'acqua che tramanda una bocca costituita da un piede liprando quadrato.

Dal 1600 al 1700 dall'esame delle investiture non si rileva altro, se non se che le concessioni delle acque sono state fatte a ruota, presa per unità di misura; e la ruota si è concepita dividersi in dodici parti, ciascuna delle quali è l'*oncia*.

In generale pare che non si avesse altra cura, che di far corrispondere la materiale superficie delle bocche all'unità della misura della ruota d'acqua.

Diffatti in una convenzione del 1579 coi Duchi di Savoja e coi Duchi di Mantova per un'estrazione di acqua della roggia di Crescentino, si rileva intendersi per *ruota d'acqua* la quantità di corpo d'acqua tramandata da una bocca, ossia bocchello, dell'altezza di 9 once, e della larghezza di 16, costituente l'area d'once 144 superficiali, ossia di un piede quadrato.

Pare che il lato superiore di queste bocche si ritenesse a fior d'acqua. Nel 1764, trattandosi di assegnare tre ruote d'acqua a favore del sig. Conte di Massin, estraibili dalla *bealera*, ossia canale di Caluso, si adottò una bocca di once 36 in larghezza, e di oncie 12 in altezza, col lato superiore a fior d'acqua, vale a dire senza alcun battente.

Nel 1730 consta che da certo ingegnere Emanueli si praticò un altro metodo, declinando affatto dalla conformazione e portata della ruota d'acqua, ed attenendosi invece alla conformazione delle once milanesi (1); colla differenza però, che laddove l'oncia milanese è costituita da una bocca larga tre once, alta quattro, col battente once due, a misura del braccio milanese, l'oncia del suddetto Ingegnere venne costruita con bocca d'uguali dimensioni in luce e battente, ma a misura del piede liprando. Altri, dopo il sig. Emanueli, hanno praticato diversamente; e per la più parte i signori idraulici del Piemonte parvero convenire fra loro sulla misura, ossia unità di misura della ruota, e così della sua dodicesima parte, ossia dell'oncia dell'acqua; ritenuto che le bocche di erogazione, sì grandi che piccole, dovessero venire conformate in guisa, che qualunque ampiezza di luce occorresse o piacesse adottare secondo le circostanze, l'erogazione avesse da effettuarsi con un *battente.*

Del resto non vi è in Piemonte alcuna legge o regolamento intorno alla derivazione delle acque, e alle loro bocche di erogazione.

La Camera di Torino aveva divisato nel 1791 di stabilire un metodo per quest'oggetto, ma non si effettuò.

È necessario conoscere intimamente tutte queste pratiche successive, perocchè tanto i vecchi documenti, quanto certi contratti odierni, si riferiscono alle medesime. La prima che fu accennata è quella che si trova usata fino dal 1474. Essa è la seguente. L'acqua si vende a ruote. Per *ruota d'acqua* s'intende la quantità d'acqua ch'esce da una luce quadrata di un piede liprando (2), collocata col suo lato superiore, come dicesi, a fior d'acqua, cioè di livello colla superficie dell'acqua della conserva, fiume o canale.

---

(1) Cioè del *modulo* primo. — (2) Il piede liprando, o aliprando, è metri 0,5136.

Se si vogliono più ruote d'acqua, la luce si fa rettangolare, coll'altezza di un piede liprando, e colla base di tanti piedi liprandi, e sue parti, quante sono le ruote e parti di ruota che si hanno da estrarre.

La ruota d'acqua si divide in dodici once, come si divide il piede liprando; e per avere tre once d'acqua si fa la luce rettangolare, colla base di tre once, e l'altezza d'un piede.

I lati superiori delle luci rettangolari debbono stare a fior d'acqua della conserva. Del resto niun'altra circostanza per l'estrazione dell'acqua si trova prescritta nelle diverse concessioni, come circostanza comune ed essenziale alle bocche d'estrazione.

§ 1195. Dalla fatta esposizione ognuno comprende di leggieri, che in questa pratica viene, è vero, distribuita un'acqua LIMITATA, ma non un'acqua *misurata*. Imperocchè io veggo bensì che non viene erogata tutta l'acqua del canale dispensatore, e veggo, se si vuole, che maggior acqua passa per una bocca più grande, che per una più piccola; ma non so *quanta* sia l'acqua che passa per siffatte bocche: talchè dopo un minuto, per esempio, non posso dire nemmeno presuntivamente esserne sortite tante brente, e mercè questa cognizione sapere in quanto tempo avrò il bisognevole per una irrigazione. Brevemente, in questa pratica l'acqua viene distribuita senza alcuna vera misura, e però deve essere rilegata fra le pratiche riprovate.

§ 1196. Passiamo ora alla riforma fatta dopochè il Castelli mostrò la necessità di conoscere la terza dimensione. Tale riforma, per quanto si sa, incominciò nel 1730. In questa l'acqua si dispensa ad *oncie*. Per *oncia d'acqua piemontese* s'intende quella quantità d'acqua ch'entra, per pura pressione dell'acqua soprastante alla soglia, in una bocca rettangolare, la quale abbia tre once di larghezza e quattro di altezza del piede liprando, ed abbia due once di altezza d'acqua appoggiata al labbro superiore ossia cappello della bocca medesima. Queste due once di altezza d'acqua sul labbro superiore della bocca è ciò che si dice *battente dell'acqua*. Talvolta il battente è anche maggiore; tanto è vero, che non vi è regola fissa.

Per avere più once d'acqua, o meno di un'oncia d'acqua, si aumenta o si diminuisce solo la larghezza della bocca, facendosi questa maggiore o minore di tre once, quanto appunto la quantità d'acqua da estrarsi è maggiore o minore di un'oncia. Ma le dimensioni della luce si sono fatte anche di altre grandezze, tenendo per lo più il battente di due once. E tale costumanza del battente è adottata in tutti i nuovi edifizii delle bocche.

§ 1197. Ecco poi come da questa seconda pratica, adottando l'artifizio delle bocche milanesi e cremonesi, si è da poco in qua preso a fare l'edifizio. L'acqua è invitata a presentarsi all'edifizio con direzione più che si può favorevole. L'apertura, ch'è nella sponda del fiume, è guarnita di una cateratta che si chiama *paratora*. Si veda la tav. X., che rappresenta all'occhio lo spaccato di un tale edifizio, e la direzione delle acque che passano per esso. A B è il fondo del fiume, R R la superficie, S C la paratora. Togliendo questa paratora, l'acqua potrebbe passare liberamente dal fiume nel fosso di derivazione; ed abbassando intieramente la paratora, si toglierebbe ogni passaggio all'acqua.

La soglia D di quell'apertura, sulla quale si appoggerebbe la paratora se fosse intieramente abbassata, e che dicesi *soglia della paratora*, non è stabilito ove debba porsi; ora si pone a livello del fondo del canale o del fiume, ora più bassa, ora più alta. Qui è posta più bassa.

Il fondo D E F del fosso di derivazione, che deve ricevere l'acqua della bocca, per la lunghezza di 25 piedi circa si fa orizzontale, e fa una continuazione, o, come si suol dire, si spiana sulla soglia D della paratora. Il primo tratto D E di questo fosso, il quale si chiama *calice*, e di cui non è determinata la lunghezza, ma che però si fa di circa 25 piedi, ha il fondo orizzontale, come si è detto, e le spalle verticali.

All'estremità del calice il fosso è chiuso intieramente da un lastrone T H, verticale e perpendicolare alla direzione del fosso. In questo lastrone è scolpita la luce rettangolare O H, la quale costituisce la bocca. Il labbro inferiore della luce per lo più viene stabilito all'altezza di mezzo piede sopra il fondo orizzontale del calice e della soglia della paratora. Dal lato poi del calice si forma una battuta, ossia ritaglio Q P, in altezza sopra l'orifizio corrispondente al battente, di maniera che alla semplice oculare ispezione si conosca se la bocca abbia o non abbia la competenza del suo battente, o se vi sia eccesso.

La paratora poi s'alza e s'abbassa, e si fissa a quell'altezza che l'acqua nel calice mantenga il battente Q P stabilito alla bocca.

Il tratto E F del fosso al di là della bocca, per circa 10 piedi, e che chiamasi *tromba*, non ha dimensioni e figura determinata. Il suo fondo è, come si disse, orizzontale, e fa la continuazione del fondo del calice. Per conseguenza l'acqua ch'esce dalla luce della bocca viene ad avere nel nostro caso un salto di sei once sul fondo della tromba. Si veda la nota sopra citata.

Un edifizio per l'estrazione di quattordici once d'acqua è stato costruito sul canale imperiale di Cigliano. La bocca ha due luci rettangolari,

ciascuna delle quali ha 28 once del piede liprando per base, e tre per altezza: così in questo edifizio la bocca costituente l'oncia si è fatta di quattro once per base e tre per altezza, piuttostochè di tre per altezza e quattro per base, com'è nella maggior parte degli altri edifizii fatti dalla metà del secolo passato in qua. La soglia della paratora è mezzo piede più bassa del fondo del canale, e la soglia della bocca è a livello col fondo del suddetto canale, e quindi elevata mezzo piede sul fondo del calice e della tromba. Il battente poi è di quattro once, e non di due; la qual cosa conferma ciò che ho detto di sopra, cioè che in Piemonte non vi è alcuna regola stabile per la dispensa delle acque.

§ 1198. Resta finalmente a vedere quale sia la forma oggidì usata per dispensare le acque tassate nel Piemonte; locchè costituisce il terzo ed ultimo periodo della pratica piemontese. A tutto questo serve di risposta quanto viene esposto dal prelodato Cav. Brunacci nella citata sua Memoria. Egli si esprime come segue.

═ Attualmente le nuove bocche per lo più si costruiscono così: S'invita l'acqua del canale ad entrare nella bocca più favorevolmente che si può. Le bocche hanno la paratora, il calice ed il modulo. La soglia della paratora viene collocata a tale altezza sotto il pelo del canale o del fiume, che basti a guarentire in tutti gli stati d'acqua il battente al modulo, ossia alla luce della bocca, qualunque esso venga adottato, di due, tre, quattro once, ed anche più. Il piano del fondo, che noi chiamiamo *calice*, si ritiene orizzontale, ora più ora meno lungo, maggiore però delle dieci braccia milanesi. Il piano della soglia del modulo, ossia della bocca modellata, per lo più viene stabilito all'altezza di mezzo piede aliprando (centimetri 25,67) sopra l'orizzonte della soglia del calice e della paratora. Questa seconda soglia costituisce il labbro inferiore della luce del modulo, ossia bocca. La luce della bocca è scolpita in una pietra da taglio, collocando questa verticale sulla soglia del calice, e rettangola alle due sponde. La grossezza di tal pietra, ossia degli stipiti della bocca, non è di una determinata dimensione, bensì maggiore o minore, in proporzione che più o meno è la bocca, affinchè sia abbastanza solida. Ma in questi ultimi tempi si ha l'avvertenza di apporvi al davanti una lamina di ferro dalla parte del calice, e di ritenere per poco maggiore l'ampiezza della luce scavata nella pietra, onde la soverchia grossezza non abbia a servire d'imbuto. Dal lato parimente del calice si forma una battuta, ossia ritaglio, in altezza sopra l'orificio corrispondente al battente, di maniera che alla semplice oculare ispezione si conosca se la bocca abbia o no la competenza del suo battente, o se vi sia

eccesso, per regolare così l'erogazione, alzando ovvero abbassando la paratora. Il piano del fondo del canale continuativo al modulo, ossia bocca, il quale chiamasi *tromba*, in tutta la sua lunghezza non ha alcuna determinata dimensione, ed è lasciato così ad arbitrio; si ritiene orizzontale al piano del fondo del calice e soglia della paratora. Conseguentemente l'acqua uscente dal modulo, ossia bocca, viene ad avere un salto di once sei del piede liprando (centimetri 25, 67) sul piano ossia fondo del canale da noi chiamato *tromba*. Le sponde di siffatto canale si erigono a distanza dai bordi verticali della bocca ad arbitrio, e parimente ad arbitrio si costruiscono o parallele o divergenti, e talvolta anche convergenti, tuttavolta continuative all'edifizio, sia esso più angusto in confronto della larghezza costituita dalla bocca, e dalla sezione presa tra i muri che la susseguono. =

Il sig. Tadini nella sua Memoria, *Del movimento e della misura delle acque correnti*, dice che « nel Piemonte l'acqua si stima a ruote; » ed è la ruota d'acqua quella quantità che viene tramandata da una » cateratta quadrata di un piede di lato (met. 0,5136). La ruota d'ac- » qua non ha battente, secondo la descrizione che ne fa il sig. Miche- » lotti » (1). Per conciliare questo testo colla relazione del Brunacci, convien dire che qui si parli della distribuzione antica, di cui abbiamo parlato nel primo periodo, e che per avventura viene ancora praticata da molti; imperocchè nelle altre si distribuisce l'acqua ad once, e dappertutto si trova il battente.

CAPO VIII.

Pratiche del Regno Lombardo-Veneto. Della milanese, lodigiana, pavese e novarese.

§ 1199. Incominciamo dalla pratica milanese, risguardante la dispensa *tassata*. L'unità di misura è la così detta *oncia magistrale* di Milano. Per *oncia magistrale d'acqua* s'intende quella quantità d'acqua che per pura pressione dell'acqua soprastante alla soglia entra in una bocca rettangolare, la quale abbia tre once del braccio di Milano per base, e quattro d'altezza; ed abbia due once di altezza d'acqua appoggiata al labbro superiore, ossia cappello della bocca medesima. Queste due once di altezza superiore della bocca formano il *battente* dell'acqua (2).

(1) Cap. IV. § 98. pag. 124. Milano 1816, dalla tipografia Sonzogno c Comp. — (2) Il braccio di Milano è metri 0,5949.

Per avere più once magistrali d'acqua, o meno di un'oncia, si aumenta o si diminuisce solo la larghezza delle bocche, facendosi queste maggiori o minori di tre once, quanto appunto la quantità d'acqua da estrarsi è maggiore o minore di un'oncia.

Nella sponda dell'acquedotto dispensatore viene fatta in un muro di cotto un'apertura rettangolare, con le soglie e gli stipiti di pietra. La soglia inferiore di quest'apertura è *al piano* del fondo dell'acquedotto mentovato. Questo fondo, ove può essere necessario, è reso stabile mediante le soglie, gli stipiti, la luce della bocca, ed il coperto della tromba, che sono di marmo. È larga quanto lo deve essere la bocca d'estrazione, ed alta quanto tutta l'altezza, ed anco più se si vuole, dell'acquedotto. In quell'apertura è collocata una cateratta, la quale abbassata, verrebbe a chiuderla intieramente, come nella tavola VII. in C, che rappresenta la tromba senza il coperto.

Si veda la tavola XI., che ci rappresenta l'edifizio di questo modo di dispensare le acque col suo coperchio. Qui abbiamo lo spaccato, e nulla più. Il profilo della cateratta vedesi in S C.

Dietro a questa cateratta comincia subito il canale che deve ricevere l'acqua, il quale per una ventina di braccia è tutto fabbricato, ed in questo pezzo sta l'edifizio.

Il fondo DH del canale, cominciando dalla soglia D dell'apertura nella sponda, per dieci braccia è *acclive*, salendo otto once. Terminata questa salita, egli è chiuso da un lastrone di marmo TH, il quale s'interna nel fondo e nelle pareti. In questo lastrone vi è il modello, o bocca rettangolare modellata (1). La soglia E del modulo è posta sul fondo acclive alla sua estremità. Essa è larga quattro once, tanto essendo fissato che sia la grossezza di quel lastrone. Questo OH ha, come si è detto, quattro once di altezza, e di larghezza quante ne porta la competenza. La larghezza di questo primo tronco del canale è cinque once per parte, maggiore della larghezza dell'apertura fatta nella sponda dell'acquedotto dispensatore. e della larghezza del modulo. Così le sponde non sono a filo con gli stipiti dell'apertura e del modulo, ma sono indietro cinque once.

(1) In alcuni edifizii questo pezzo di fondo D H manca totalmente; talchè il massiccio è rimpiazzato dall'acqua, la quale dalla soglia cammina sopra un fondo piano fino a' piedi del lastrone, dimodochè non esce dalla luce fuorchè quella che si attacca alla bocca O H. Questo è il modulo, la cui soglia inferiore è situata *otto once più alta del fondo orizzontale*. Nel resto le cose sono come noi le abbiamo descritte. È libero agli acquirenti di fare o non fare questo piano acclive, per cui far salire l'acqua alla bocca.

La cateratta poi s'abbassa e s'innalza fino al segno che l'acqua resti dietro al modulo in Q per due once sollevata sul labbro superiore, e ad esso appoggiata per formare il battente. A qualche piccola distanza, dietro la cateratta, il canale viene attraversato da una solida pietra X o soglia, di cui la superficie inferiore X è situata a livello del lembo superiore O del modulo, e perciò XD dodici once. Così quando al di sotto della cateratta passa per CD tanta acqua che sia sufficiente a dare il battente di due once, si ha questo stesso battente a questa pietra ultima nominata, e mostra anche a quale altezza si tiene l'acqua dietro la cateratta in P. Quando dunque la bocca ha il dovuto battente, l'altezza PD dell'acqua dietro la cateratta deve essere 14 once. Fra le due soglie descritte OX, due once per l'appunto sul loro labbro, è formato un leggiero tavolato PQ, cui si dà il nome di *cielo morto*, al quale viene in conseguenza ad appoggiarsi l'acqua quando la bocca ha le due once del battente; l'acqua però non fa che toccarlo, senza produrre alcuno sforzo per alzarlo. Al di sopra del tavolato vi è poi una vôlta o ponte, su cui passa la strada.

Tutta questa porzione di edifizio chiamasi TROMBA COPERTA, o *castello della bocca*. Al di là del modulo, come in E, un'oncia più basso della soglia, vi è il fondo EF del fosso, il quale per nove braccia si fa *declive*, scendendo un'oncia in tutto. E terminato questo fondo declive, àvvi un piccolo salto di un'oncia, dopo il quale il fosso FG è o orizzontale o inclinato, secondo il bisogno dei privati, i quali da quel punto sono padroni di farlo come vogliono. Le sponde di questo secondo pezzo di canale sono distanti dai lati del modulo due once, e nella loro lunghezza divergono ciascuna di altre tre once. Questa parte del canale, che è fatta di muramento, chiamasi TROMBA SCOPERTA.

§ 1200. Dopo tale esposizione materiale della costruzione oggidì praticata delle bocche di erogazione milanesi, nella quale ci siamo giovati della Memoria del Brunacci, ragion vuole che diamo conto ai nostri lettori della pratica *anteriore*, stantechè molte e molte concessioni si riferiscono a questa, e stantechè anche oggidì molte bocche si trovano costruite alla vecchia maniera. Ciò viene attestato (senza però indicare ch'essa sia la vecchia maniera) dallo stesso Brunacci colle seguenti parole: « Ma non tutte le bocche sono modellate in questa maniera, e per » antiche convenzioni e contratti anteriori a siffatte prescrizioni molte se » ne trovano che hanno la sola *tromba scoperta*, essendo il modulo nella » stessa sponda del fiume, ed altre che mancano anche della tromba. »

Si domanda dunque qual forma avessero le bocche più *antiche* del Milanese, e quale fosse la norma della dispensa tassata. Il detto Bru-

nacci pretende trovare nel Pecchio e nel Carpani la risposta a questa domanda. Ma il Pecchio nel citato luogo, cioè nel tomo I. pag. 124, nel quale si tratta la Questione 3. del Capo V. Lib. I., non parla nè punto nè poco di queste trombe antiche, ma di quelle usate a' suoi giorni, vale a dire alla metà del secolo decimosettimo, appunto dopo la riforma introdotta dal Soldati, e le modificazioni aggiunte in conseguenza della teoria del Castelli.

Il sig. Brunacci s'immagina di trovare in Orazio Carpani, che commentò gli Statuti di Milano nel 1585, la prova della pretesa identità delle bocche moderne colle antiche; ma in verità il Carpani non parla di nulla, ed il testo degli Statuti prova precisamente la proposizione contraria a quella che fu asserita dal signor Brunacci. Si apra di grazia il libro dei detti Statuti, e s'incomincino a leggere i Capi CCCI. e CCCII., i quali fra ventotto altri riguardano tutto il fiume Olona. Poi si legga il Capo CCCXXIX., nel quale sono descritte, comandate ed apposte le bocche di estrazione sopra il *Naviglio grande*, detto altrimenti *Ticinello*, e si troverà la prova di quanto io affermo. Prima di tutto però conviene osservare, che per due maniere veniva limitata la quantità dell'acqua: la prima col *modulo* dell'oncia; la seconda coll'indicazione di tant'acqua valevole a far movere una o più ruote da molino, la quale veniva designata col nome di tanti *rodigini*, ed in altri paesi di tante *ruote d'acqua* o di tanti *canali da molino*. L'oncia annunciata dagli Statuti non era l'oncia modulo, quale viene intesa oggidì, vale a dire un foro quadrilungo avente quattro once per lato verticale, o tre per l'orizzontale; ma era l'oncia quadrata del braccio detto *di terra* e *di legname*. Quindi il modulo dell'oncia statutaria era realmente un foro quadrato avente per lato la dodicesima parte del braccio suddetto. Essa per conseguenza corrisponde ai così detti *punti del modulo*, detto *oncia*, oggidì usitato.

§ 1201. Ciò premesso, veggiamo qual'era la *costruzione* delle bocche d'allora. Figurando la corrente del fiume che cammina dentro sponde parallele, si apriva il fianco ossia la ripa in un dato punto. Qui veniva apposta una lastra di marmo o di sariccio, traforata secondo il bisogno di avere più o meno acqua. Una condizione perpetua a tutte queste luci era, ch' esse non fossero mai collocate *rasente* il fondo del canale, ma rimanessero al di sopra del fondo stesso per l'altezza di OTTO ONCIE lineari del braccio medesimo. Ciò faceva sì che l'acqua che si trovava all'altezza di otto oncie nel canale, non si poteva sottrarre giammai dal letto del medesimo, attesochè le bocche non si trovavano nè si potevano mai trovare al di sotto di questo livello.

Ho detto che tale condizione era *perpetua*, perocchè esaminando i detti Statuti si trova comandata, sia che l'acqua si dispensasse con moduli determinati ad once, sia che si dispensasse a canali di molino, ossia per rodigini dall'Olona o dal Naviglio grande.

Col porre nell'incile il lastrone della bocca di estrazione, comandata dagli Statuti, ognuno vede di leggieri quanto per questa prima circostanza le bocche antiche differiscano dalle moderne. Per intendere meglio la cosa si spieghi la tavola VII. Ivi si vede che la lastra marmorea, d'onde oggidì si dispensa l'acqua, viene *situata* non *in contatto* della corrente del fiume dispensatore A B, ma bensì in E, cioè nel fondo della tromba coperta. Viceversa a contatto del fiume evvi la bocca C, la quale riposa sul letto stesso del fiume dispensatore.

§ 1202. Con questa sola circostanza, unita al modo di connotare l'oncia, ognun vede la *totale diversità* delle bocche odierne dalle antiche. Ma non è ancor tutto. Per accertarsi vie meglio come si procedesse in questa faccenda, esaminiamo il Capo CCCI. del detto Statuto. Ivi si tratta di una presa d'acqua perpetua sul fiume Olona, attribuita alla Comunità di Parabiago. In esso s'impone che faccia tagliare ossia forare una lastra di marmo o sariccio in modo, che questo foro abbia sei once di luce. E qui lo Statuto spiega esattamente come ciò venga fatto. « Scilicet tertiam unam unius brachii ad brachium terrae et lignaminis » in longitudine dicti fluminis, et mediam quartam ad dictum brachium » in altitudine dicti foraminis. » Da tale spiegazione ognuno vede che questa bocca o luce doveva avere quattro once lineari di lunghezza, ed una e mezza di altezza. Diffatti computando la divisione di un lato per l'altro, ne risultano sei once quadrate; locchè forma la metà dell'*oncia-modulo* usata oggidì. E qui di passaggio osservo, che da questo testo viene confermata l'osservazione fatta più sopra, che anticamente sotto il nome di *oncia*, adattata ai moduli delle acque, s'intendeva l'oncia superficiale, avente per lato la dodicesima parte del braccio milanese. Se qualcheduno dubitasse ancora che col nome di *oncia* s'intendesse quella qui descritta, si degni di osservare il Capo CCCXXIX., nel quale viene più volte imposta la multa di *una lira* d'imperiali per ciascun'oncia che venisse indebitamente usurpata alle acque del Naviglio grande. « Solvere teneantur (esso dice) Communi Mediolani vel habenti datum ab eo singulis annis ad computum librae unius imperia- » lium pro qualibet uncia dictae aquae qua inde uteretur sine legitimo » et probato jure, ut supra. »

§ 1203. Ma volendo proseguire nella descrizione delle bocche surri-

ferite, risulta che le dette lastre dovevano avere ed essere raccomandate a muri laterali, ed essere fatte in modo da internarsi nella sponda, rimanendo sempre alte sopra il fondo del letto all'altezza di otto once. « Et quod dictus lapis, ita tagliatus seu perforatus, *debeat claudi* ad » buccam seu spondam lecti Oloni de bono muro facto de lapidibus et » cemento, taliter quod dictum foramen seu spatium foraminis rema- » neat altum a fundo dicti Oloni per tertiam unam unius brachii. » Queste condizioni si trovano perfettamente ripetute parola per parola anche nel Capo CCCII., nel quale si parla di una pari concessione perpetua d'acqua alla Comunità di Rhò.

§ 1204. Esaminando poi altre circostanze di queste bocche, troviamo dato ad alcune il nome di *cornicius*, il quale non devesi confondere con una corrente conosciuta sotto il nome moderno di *cornice*, stantechè nel Capo CCCXXIX. è il nome di una costruzione adattata appunto ad una bocca. In questo Capo, parlando d'una di tali bocche che i fratelli de Robiano avevano sul Naviglio vicino a Ronchetto, si esprime come segue: « Item bucca seu cornicius, quam seu quem Lancelotus et fra- » tres de Robiano solebant tenere in flumine Navigli prope locum de » Roncheto, debeat esse larga seu lata per brachium unum et tertias » duas. Et solia dictae buccae seu cornicii debet esse alta *per tertias* » *duas* a fundo lecti fluminis Navigli; et alta ipsa bucca et vacua et » expedita tota a dicta solia versus coelum, absque aliquo obstaculo vel » impedimento; ita et taliter quod a dicta solia supra, nullum ponatur » nec dimittatur obstaculum, cappellum nec impedimentum. Et spallae » dictae buccae debeant aequaliter intrare in dictum flumen Navigli, » ita et taliter quod una spalla dictae buccae non intret plus quam al- » tera dicto flumini Navigli. » Qui è superfluo ogni commento, stantechè il testo si spiega abbastanza chiaro.

§ 1205. Osservo soltanto ad una particolarità, cioè che trattandosi più sotto della bocca o cornicio, chiamato *cornicio di Bernate*, ad uso del monastero di Bernate stesso, si trovanò le particolarità accennate colle seguenti parole: « Bucca seu cornicius, qui appellatur *cornicius* » *de Bernate* ad requisitionem monasterii de Bernate, aptetur expensis » ipsius monasterii per hunc modum: videlicet quod *nervile* dicti cor- » nicii sit *altum* a fundo dicti Navigli versus coelum per *brachia tria* » ad brachium terrae et lignaminis. Et quod dictus cornicius seu bucca » debeat fieri de bono muro, videlicet de bonis lapidibus et cemento. » Et quod desuptus de dicto cornicio fiant *idalae* lapidum vivorum, » prout est ad cornicium de Lagiano. » Proseguendo la lettura del me-

desimo Capo, si trova un altro di questi cornici situato nel territorio di Boffalora, chiamato *cornicio di Crivelli*, il quale doveva avere la sua soglia sopra il fondo del naviglio all'altezza di braccia due, e la scala pure di pietra viva, come sopra. Volendo adunque specificare il senso di questa descrizione, pare che sotto il nome di *cornicio* s'intendessero manufatti particolari, i quali importavano non solo un'altezza maggiore di once otto della prima base della bocca dal fondo del fiume, ma eziandio, attesa la straordinaria loro altezza sopra il fondo del letto, esigevano una particolare costruzione. Tale, per esempio, era quella della *scala di pietra*, sempre imposta a queste diverse bocche.

§ 1206. Raccogliendo adunque le circostanze di tali vecchie costruzioni, troviamo essere stata ritenuta come fondamentale e perpetua la condizione, ch'esse non possano mai essere collocate al di sotto del livello di otto once dal fondo del canale dispensatore. Questo massimo, ossia estremo minimo, fu ritenuto anche nelle bocche moderne, come apparisce dalla data esposizione. Queste vecchie bocche poi non venivano nè punto nè poco *coperte*, come le moderne. In esse non si fa menzione di *battente* alcuno, come in queste. In esse la *forma* del primo tronco del canale derivatore non è prescritta nè descritta, assoggettandola a forma o dimensione veruna. Regolata l'altezza dalla soglia del canale, e qualche volta il modulo ad una certa larghezza, non si trova particolarità veruna che possa avvicinarle alla costruzione moderna. In tutte le bocche ricordate sul Naviglio grande non si assegnano nemmeno *moduli linearmente determinati*. Sempre e poi sempre si dice che la dispensa dovrà essere di tant'acqua, quanta basti per uno, due o più rodigini, e nulla più. Consta dunque dall'errore madornale del Brunacci, ed apparisce nello stesso tempo come tali bocche fossero anticamente costrutte.

§ 1207. Venendo finalmente alla riforma che dicesi fatta circa l'anno 1570 da Giacomo Soldati, ingegnere milanese, dobbiamo osservare che così confusa e indeterminata n'è la notizia, che altro dire non possiamo, essere bensì stata imaginata una tromba qualunque, portando la bocca ossia il modulo di dispensa al fondo della tromba, ritenuta l'altezza statutaria, e sostituendo all'incile l'incastro colla cateratta; ma non troviamo menzione nè del battente, nè di altre particolarità, che pur sono decisive nelle erogazioni. Qui osserverò soltanto, che se per accidente fosse anche stato imaginato un battente, era impossibile che il Soldati ne potesse conoscere l'importanza e determinarne l'influenza, attesochè al tempo suo ignoravasi ancora il modo di misurare le acque

computando la *velocità*, e quindi la pressione, la quale vi dà causa con un maggiore o minore battente, ossia con una maggiore o minore colonna di acqua premente, designata appunto dal battente medesimo. La terza dimensione, la quale non si può conoscere che col calcolo della velocità, non essendo conosciuta al tempo del Soldati, egli non ne poteva tener conto nella riforma fatta delle vecchie bocche, e però non poteva *coordinare* la sua costruzione *in conseguenza* delle vedute emergenti dalla teoria, nè *in mira* all'effetto della emissione di una maggiore o minore quantità delle acque da una data luce e dentro un dato tempo. Dunque la buona critica ci conduce a concludere, che l'invenzione del Soldati sia stata ridotta al suo scopo in tempi posteriori.

CAPO IX.

Continuazione delle pratiche del Regno Lombardo-Veneto.
Pratica cremonese e cremasca.

§ 1208. Incomincio coll'esporre la pratica della dispensa tassata usata oggidì nel Cremonese. Indi parlerò dei metodi delle vecchie, a lume delle anteriori convenzioni o concessioni, e dei diritti che ne derivano.

Si spieghi la tavola XII. Ivi si vede la bocca cremonese sotto due aspetti. Colla prima figura viene rappresentata in prospettiva; colla seconda se ne vede lo spaccato. Qui il disegno non è messo in proporzione, ma serve unicamente per dare un' idea della costruzione di questa bocca. Esaminando la fig. I., vedesi prima di tutto il canale dispensatore avanti la bocca. Ivi l'acqua procede come le due frecce ivi segnate; nell'alveo del canale stanno i due manufatti triangolari ad angolo ottuso, l'uno dei quali è segnato D. Sotto di essi havvi un sostegno di cotto piantato a traverso dell'alveo, sopra cui corre l'acqua. A traverso di questo sostegno, in tutta la sua lunghezza, viene fissata una trave fasciata di reggetta di ferro, la cui sommità o superficie tiensi a giusto livello del labbro inferiore della bocca, vale a dire ad uno stesso orizzonte col fondo del canale che accompagna l'incile, e col fondo della tromba. Questo manufatto, giacente nel canale dispensatore, chiamasi SCAGNO.

§ 1209. Passando ora all'edifizio della bocca del canale derivatore, veggiamo in esso tre grandi parti. La prima all'incile; la seconda in mezzo; la terza in fine. All'incile si vede il muro fabbricato come nella fig. I., segnato B C. Lo spaccato corrispondente si vede nella fig. II., segnato B X R S. Qui l'incile, dove entra l'acqua, è aperto a tutta l'al-

tezza delle rive. La soglia di quest'apertura sta nel fondo dell'acquedotto dispensatore. Nella fig. II. si osservi la parte segnata come sopra. La larghezza dell'incile è poco più della larghezza della bocca. Da prima era prescritta questa larghezza; ma dappoi si è conosciuto non essere necessaria. Verso l'alveo dell'acquedotto estrattore l'incile è accompagnato da un canale di cotto largo quanto lui, lungo dieci braccia vecchie (1), e orizzontalmente applicato alla soglia dell'incile medesimo. Nella fig. II. il fondo di questo pezzo di canale di cotto viene segnato colle lettere B D X.

Nelle spalle di questo canale di cotto viene innestata la cateratta, nel linguaggio del paese denominata *usciara* o *paratora*. Questa nella fig. II. vedesi per la sua grossezza nello spaccato segnato sotto le lettere S C. Nella fig. I. poi si vede in prospettiva sotto la lettera B. Questa cateratta è costrutta in modo, che se fosse intieramente abbassata, sarebbe tolta ogni comunicazione fra il canale dispensatore ed il canale derivatore. La maggiore o minore acqua che può venire introdotta nel canale derivatore dipende assolutamente dalla maggiore o minore alzata di questa cateratta.

§ 1210. Veniamo ora alla seconda parte del detto edifizio. Questa vedesi nella fig. I. sotto la lettera E, e nella fig. II. sotto le lettere Q O H V T. Questa parte dell'edifizio chiamasi TROMBA. Essa è, come vedesi, parallelepipeda, formata ordinariamente di cotto. La sua lunghezza è di dieci braccia vecchie; la larghezza è di tante once, quanto comporta la competenza dell'erogazione; l'altezza è di dieci once. Lo spaccato di questa tromba vedesi nella fig. II. sotto le lettere sopra indicate. Questa tromba viene costrutta e piantata nell'alveo del canale derivatore, dimodochè abbia la sua soglia orizzontale a quella dell'incile e del canale dispensatore. Essa viene collocata al principio dell'incile suddetto, ordinariamente alla distanza di trabucchi (2) quattro, cinque, sei o sette, poco più poco meno, secondo che le circostanze dei cavi possono permettere di collocare questa tromba in linea retta del canale derivatore dell'incile, ed avendo singolarmente la precauzione di evitare i risvolti dell'alveo.

In questa tromba devesi porre attenzione alla luce o bocca modellata. Essa forma la stessa imboccatura della tromba. Per la qual cosa

(1) Il braccio vecchio cremonese viene dal Brunacci valutato a metri 0,4736.

(2) Il trabucco viene calcolato sei braccia vecchie cremonesi; per conseguenza equivale a metri 2,8398.

l'acqua per la giusta competenza deve stare all'altezza di undici once sulla soglia dell'imboccatura della tromba. Così si hanno dieci once d'una oncia d'una libbra, ed un'oncia di *battente*. Volendo conoscere questa tromba nel suo spaccato, si osservi la fig. II. Ivi la parte segnata sotto le lettere O H V T rappresenta lo spazio della LUCE, o, a dir meglio, della bocca libera. L'altra parte poi, segnata colle lettere Q O, indica il battente suddetto, ossia l'altezza del medesimo.

A fine di ottenere che l'acqua sia a quest'altezza, si alza o si abbassa la cateratta segnata S C finchè l'acqua basti ad empiere l'imboccatura, ed a mantenere l'oncia del battente. Così l'acqua si conserva costantemente avanti alla bocca all'altezza di undici once, e nulla più.

Da ciò si vede che l'oncia d'acqua cremonese, considerata come oncia *fluente*, intendesi essere una mole d'acqua ch'entra e decorre per una luce o bocca larga un'oncia lineare del vecchio braccio, ed alta dieci once a misura del braccio suddetto. La prescritta altezza di dieci once rimane sempre costante. Pertanto allorchè si vuole accordare una maggiore erogazione, si aumenta la *larghezza* della luce, senza aumentarne l'altezza; e viceversa, quando si vuole diminuire, si diminuisce la detta larghezza. Così, a cagion d'esempio, se la bocca o luce è larga solo mezz'oncia, l'estrazione dicesi di mezz'oncia; e se è larga più once, l'estrazione dicesi di tante once, quanto n'è larga la luce. Conviene però osservare, che l'ampliazione della bocca non può mai eccedere in larghezza ventiquattro once. Per conseguenza chi ha diritto ad un onciato maggiore deve aprire due o più luci, ed estrarre per le medesime l'acqua competente.

§ 1211. Veniamo ora alla terza parte dell'edifizio. Questa nella fig. I. vedesi sotto la lettera F, col suo corrispondente E. Nella fig. II. vedesi nello spaccato corrispondente sotto la lettera F. Questa terza parte dell'edifizio chiamasi BRIGLIA. Essa consiste in un sostegno o ritegno di cotto, largo una metà più della luce o imboccatura della tromba, aperto a tutta l'altezza delle rive dell'alveo. Esso è situato alla distanza di venticinque trabucchi cremonesi dall'imboccatura della tromba, cioè dalla luce o bocca modellata. È stato stabilito che la soglia di questa briglia sia depressa al di sotto del fondo della tromba pel tratto di *un' oncia*. Perciò essa viene coperta dall'acqua, nè apparisce al di fuori all'occhio che per una caduta che si presenta. Questa briglia o traversata, giacente sott'acqua, viene incontrata da due manufatti laterali che ne formano le spalle, e la figura dei quali si vede in prospetto sotto la lettera F; ed in piano poi nella fig. III. si vede la forma e la distanza in A B. Queste

spalle si fanno lunghe ad arbitrio, fino ad internarle nelle rive del rigagnolo. Si costruiscono convergenti fra loro, fino a che si formi la sezione competente della briglia. La sezione della briglia pertanto viene a riuscire unicamente fra due linee perpendicolari all'orizzonte, ovvero al sottoposto piano orizzontale della briglia stessa. Queste linee sono prodotte dai vertici opposti di due angoli solidi, formati come si vede nella fig. III., e segnati colle lettere A B.

Da questa descrizione risulta adunque che in ogni edificio destinato alla dispensa tassata delle acque nel Cremonese, ad oggetto d'irrigazione, distinguonsi sei parti, vale a dire cinque nel canale derivatore, ed una nel canale dispensatore. Quelle del canale derivatore sono: 1.° l'*incile*, 2.° la *cateratta* o *paratora*, 3.° il *canale*, 4.° la *tromba*, 5.° la *briglia*; quella del canale dispensatore è lo *scagno*. A fine poi di rendere durevoli l'edifizio, le soglie, gli stipiti, il modulo ed il coperto della tromba, si fanno di marmo, o di altra pietra equivalente.

1212. Il signor Tadini tenendo conto delle circostanze più interessanti, parlando della dispensa cremonese, dice compendiosamente quanto segue: « Il modulo cremonese dell'oncia d'acqua è un'apertura » rettangola come le precedenti, alta dieci once, misura del paese (me- » tri 0,4029), larga un'oncia (metri 0,402), col battente parimente di » un'oncia. Qui il modulo è accompagnato con un canale di eguale di- » mensione, lungo metri 4,8353. Il tronco che sussegue del rigagnolo, » alla distanza di metri 72,53, è attraversato da una soglia depressa » un'oncia sola sotto il livello della soglia del modulo. Il bottino, che » si stende dalla cateratta del canale maestro fino al modulo, non ha » misure stabilite; ma, secondo l'uso, è assai più lungo ed anche più » largo che nelle pratiche antescritte. »

« I Cremaschi usano per lo più il modulo cremonese, toltone il pic- » colo divario del loro braccio, ch' è di metri 0,46978; nel Cremonese » è di metri 0,48353 » (1).

§ 1213. Dopo questa descrizione della pratica usata nel Cremonese, giova conoscere i regolamenti *anteriori* agli odierni. Noi riferiremo qui in compendio le notizie dateci dal Brunacci, che più largamente si possono verificare nell'Opera intitolata *La perizia e l'agrimensura di Giuseppe Antonio Galosio, Professore Collegiato Cremonese*, stampata in Cremona nell'anno 1786. Queste notizie possono talvolta essere deci-

(1) *Del movimento e della misura delle acque correnti.* Cap. IV. § 98, pagina 123, Milano 1816, dalla tipografia Sonzogno e Compagno.

sive all'occasione di quistioni risguardanti convenzioni ch'ebbero luogo nei secoli passati.

» L'unità di misura dell'acqua, cioè l'oncia d'acqua, fu fissata » dalle Provvisioni del Naviglio della città di Cremona, approvate dall'Ec- » cellentissimo Senato di Milano il giorno 22 Dicemb. del 1551. In que- » ste stesse Provvisioni sono determinate le dimensioni e situazioni della » bocca del canale, della paratora e della briglia. Non vi si fa parola » della tromba e dello scagno; anzi la bocca doveva, secondo esse, essere » collocata *nella sponda del Naviglio*, perfettamente a filo della sponda » medesima, e tanto *sollevata* dal fondo del Naviglio, che l'acqua nel » suo stato ordinario non fosse sulla soglia più alta di undici once » (1).

« Prima delle citate Provvisioni la modellazione consisteva nella » sola bocca, accompagnata ancora dal canale, giacchè nei contratti an- » teriori ad esse non si fa menzione della briglia. »

« Nel 1559 il Podestà di Cremona, delegato dal Senato di Milano, » decretò che tutte le bocche dovessero collocarsi colle loro soglie sul » FONDO del Naviglio; che questo fondo fosse assicurato; che la compe- » tenza dell' acqua non si misurasse alla bocca, ma alla BRIGLIA; e che » la paratora si alzasse od abbassasse tanto che l'acqua, la quale dal- » l'acquedotto dispensatore passa nell'erogatore per di sotto la para- » tora, si mantenesse sulla briglia alla competente altezza. A quest'epo- » ca si riferisce la costruzione dello SCAGNO. Questa deliberazione pro- » duceva per una parte un buon effetto, giacchè così in ogni stato di » acqua le bocche potevano estrarre la stessa quantità di acqua dal Na- » viglio; ma lasciava per un'altra in imbarazzo su quella misura del- » l'acqua alla briglia, giacchè non si avevano regole sicure per ese- » guirla. Vedansi nell'Opera sopraccitata del Galosio le pag. 73 e seg. »

« In questa stessa Opera, pag. 89 e seguenti, si trova che la trom- » ba fu introdotta nel 1561 dal marchese Alberto Pallavicini per la mo- » dellazione delle bocche sul Naviglio di sua proprietà, e dicesi inven- » tata da un certo Donieni ingegnere cremonese, e direttore dello stesso » Naviglio Pallavicino (2). In seguito poi fu prescritta come regola gene-

---

(1) Posti questi fatti, risulta che in allora le bocche d'irrigazione cremonesi somigliavano alle bocche *statutarie* milanesi.

(2) Da questo fatto risulta che l' idea del diaframma e di una tromba moderatrice, ed indicante una data misura di erogazione, fu trovata e posta in uso nel Cremonese prima che nel Milanese. La materiale collocazione della tromba all'incile, e la posizione del modulo più alta del fondo del canale, furono suggerite dalla necessità di soddisfare alla condizione imposta dagli Statuti milanesi. Fu dimostrato che l'altezza del modulo di otto once dal fondo del canale essendo stata

» rale dalle Provvisioni del Naviglio della città nel 1584, e approvata » dal Senato di Milano nel 1588; anzi fu ordinato che tutte le bocche » fossero modellate come quelle del Naviglio Pallavicino; avessero cioè » la bocca colla paratora, la tromba, la briglia e lo scagno, e che la com- » petenza si misurasse all'imboccatura della tromba. Le dimensioni poi » ed altre circostanze di questa porzione di edifizio sono dichiarate nelle » citate Provvisioni, e sono quelle che ho riferite più sopra, e che sono » in pienissimo uso anco al presente. Così si può stabilire che l'attuale » pratica per la dispensa delle acque nella Provincia cremonese, la quale » nel 1782 servì alla rimodellazione generale delle bocche sul Naviglio » della città e su quello del Pallavicini, fu portata allo stato attuale di » perfezione nel 1562, e che nel 1584 fu decretata con uno Statuto. »

CAPO X.

Continuazione delle pratiche del Regno Lombardo-Veneto.
Della pratica bresciana e bergamasca.

§ 1214. A Bergamo per *oncia d'acqua* s'intende quella che sgorga liberamente da un foro rotondo del diametro di un'oncia a misura del paese (metri 0,044): il doppio spazio circolare rappresenta le due once, il triplo le tre, e così via. Del resto sembra scelta la forma circolare dell'orifizio, perchè questa si suole più agevolmente descrivere con puntualità. Non essendo molto varia la profondità alla quale le circostanze dei pubblici canali permettono di collocare le bocche, non è stata prescritta la misura del loro battente: nulladimeno colà erasi già da gran

---

stabilita unicamente per obbedire allo Statuto, essa riesce anzi di *ostacolo* alla semplicità dell'opera ed alle induzioni del calcolo, atteso il contorcimento che i fili dell'acqua debbono subire passando per di sotto alla cateratta, ed altri inconvenienti. Quanto poi all'essere la tromba contigua all'incile, tranne lo sfogo dietro la cateratta, si vede ciò essere la conseguenza forzata dell'azione che doveva avere un modulo trasportato dall'orlo del canale dispensatore entro il canale derivatore, onde in quello mantenere l'acqua al livello prescritto. Se al contrario esaminiamo attentamente l'invenzione cremonese, per la quale si vede apposta la cateratta all'impresso dell'incile in modo di avere nel canale dispensatore una specie di conserva, e nel maneggio della cateratta le condizioni idrauliche e il diaframma, dovremo dire col Brunacci, che « di tale STUPENDO TROVATO fecero uso i Cre- » monesi, anzi ch'essi medesimi lo imagina- » rono, giacchè a quel tempo non esisteva » nella mente degli uomini la scienza idrau- » lica » (Memoria, § 94).

Se il Donieni fino dal 1561 aveva già effettuata la tromba nel canale derivatore, e il diaframma all'incile; se lo scagno e la briglia suppliscono alla conserva; se il Senato di Milano pochi anni dopo sanzionò quest'uso; se fra il 1570 e il 1580 Giacomo Soldati introdusse la tromba milanese; è manifesto che sul Milanese non si fece che ADATTARE l'invenzione del Cremonese in modo da soddisfare alla riserva statutaria e ai bisogni dell'irrigazione.

tempo pensato allo spediente di regolare il diametro delle bocche secondo la profondità alla quale piacesse di collocarle, perchè avessero a dare la competente misura d'acqua; ed io so che a tal fine vi sono già preparate delle tavole che le vicende dei tempi lasciarono oziose.

A Brescia parimente l'unità dell'acqua corrente vien detta *quadretto*, e per esso s'intende quel corpo d'acqua che scorre per un canale di certa pendenza coll'altezza e larghezza di un braccio (met. 0,47099), come riferisce il Barattieri; ma io vengo accertato da periti bresciani, che, almeno presentemente, il quadretto ha mezzo braccio in altezza, e due braccia in larghezza. La misura del quadretto si piglia alla metà del canale.

In questi metodi a sezione rettangola, non altrimenti che nei precedenti, si dilata o si restringe la larghezza delle bocche, secondo la quantità d'acqua che si richiede (1).

Quest'uso lo troviamo mentovato fino dalla metà del secolo decimosettimo, come ne fa fede il Barattieri nella sua *Architettura delle acque* (2). Egli la descrive colle seguenti parole:

« I Bresciani misurano le loro acque correnti a quadretti, e per ca-
» varle con misura dal maggior canale formano la bocca alta dodici once
» del loro braccio, che sono un braccio appunto, ed altrettanto larga, fa-
» cendo correre l'acqua per lo spazio di 100 pertiche, che sono 600 brac-
» cia, incominciando alla bocca, per un canale pendente quattro delle
» medesime once, e ponendovi tre regolatori o bocche uguali di larghezza
» come la prima nel principio, ch' è la medesima bocca all' incile, l'al-
» tra nel mezzo, e la terza nel fine della suddetta lunghezza di 100
» pertiche; e quando vogliono più o meno quantità di acqua d'un qua-
» dretto, tenendo ferma l'altezza e l'ordine della pendenza, ingrandi-
» scono ovvero restringono la larghezza della bocca. »

Null'altro dice il Barattieri, ma io congetturo che la soglia superiore della bocca fosse dodici once per l'appunto sotto il pelo ordinario del canale distributore; cioè che il lato superiore del braccio quadro, formante la bocca, fosse per l'appunto a quel livello, giacchè se vi fosse stato un battente lo avrebbe detto, come lo dice parlando delle bocche milanesi. Del resto nessuna pratica precisa è fissata nelle due dette Provincie.

---

(1) *Del movimento e della misura delle acque correnti, Memoria idraulica di Antonio Gadini*, Capo IV. § 99. Milano 1816, dalla tipografia Sonzogno e Compagno. —

(2) Parte II. Capo II.

§ 1215. Osservando queste pratiche, e trovando che in esse non si fa altro che limitare l'incile con luci di determinata grandezza, o far passare per semplici bocche, senza veruna indicazione di battente, una data quantità di acqua, si vede che si ha bensì una dispensa *limitata*, ma non mai una dispensa *tassata* di acqua. Qui dunque abbiamo limitazione, ma non misura effettiva di acqua. Io parlo di misura diretta, per la quale si possa stabilire che dentro un dato tempo escono da un dato foro tanti quadretti cubi, o altra solida e determinata quantità di acqua. Qui dunque non si ha una dispensa con misura, ma senza misura.

Che se fingiamo che annessa alla distribuzione suddetta, usata sì nel Bresciano che nel Bergamasco, siavi la pratica di riferirsi o a tanti canali o a tante ruote di mulino, e così discorrendo, noi possiamo bensì fingere all'indigrosso una quantità relativa da ridursi con adequato modo ad una data misura fissa; ma in questo caso si prescinde dalla maggiore o minore larghezza della luce, per non tener conto che di una data massa fluente di acqua. Ad ogni modo però in queste dispense mancando la terza dimensione, manca assolutamente ogni misura idrometrica, e perciò ogni dato pel quale, sia l'alienante, sia l'acquirente, conoscano veramente quello che fu alienato e quello che acquistano. Con questo metodo non si potranno mai, nemmeno presuntivamente, far constare le usurpazioni e le detrazioni clandestine dell'acqua che cade in commercio; come nemmeno, in caso di mutazione fisica, sia dell'alveo, sia della bocca, si potrà obbligare il dispensatore a prestarsi ad una determinata e certa manutenzione del suo contratto.

Qui ommetto di osservare quanto getto di acqua, che potrebbe essere utilmente impiegata, si faccia con questo metodo di dispensa. Diffatti allorchè si sa che con tante once cubiche si può soddisfare ad un dato bisogno, il di più si riserva e si rivolge ad altri usi utili, senza tema di nuocere, sia alla irrigazione, sia per coprire risaje, sia per animare opificii. Ma nell'ignoranza della quantità che realmente si possiede, come sarà mai possibile stabilire e ripartire i servigi utili di quest'acqua? Ripetiamo dunque di nuovo la necessità di convertire in misura determinata almeno tutte le erogazioni praticate colla maniera bresciana e bergamasca.

CAPO XI.

Continuazione. Delle pratiche del Regno Lombardo-Veneto. Pratica mantovana e veronese.

« L'acqua in queste Provincie si vende a quadretti veronesi » (1).

« Per *quadretto veronese di acqua* s'intende quella quantità che » per *pura pressione* dell'acqua soprastante alla soglia entra in una » bocca di un piede veronese quadrato, che abbia due once d'altezza » d'acqua appoggiata al lembo superiore, ossia cappello della bocca » medesima » (2).

« Per avere più quadretti di acqua, o meno d'un quadretto di ac- » qua, si aumenta o si diminuisce solo la larghezza della bocca, facen- » dosi maggiore o minore di un piede veronese appunto quanto la quan- » tità di acqua da estrarsi è maggiore o minore di un quadretto d'acqua » veronese. »

« Le bocche d'estrazione si procura di collocarle in luogo, dove il » filone del fiume cammini parallelo ad esse, e più che sia possibile in » mezzo all'una ed all'altra ripa. »

« Rispetto alla profondità della soglia sotto la superficie dell'acqua, » se quest'acqua è, per mezzo di qualche mulino o di qualche altro so- » tegno, tenuta costantemente ad una determinata altezza, la soglia si » pone quattordici once più bassa; e quando manca questa condizione » si pongono le soglie in modo, che sotto il pelo dell'acqua abbiano, nel- » l'acqua *piuttosto scarsa*, la profondità di quattordici once. »

« È fissato inoltre che l'uso continuo di un quadretto veronese di » acqua basti per la irrigazione di ottanta campi di risaja; e se si vuole » usarne pei prati, serva ad adacquarne 182, irrigando 26 campi per » giorno, e tornando ogni settimana a ripetere l'irrigazione. »

« Per costruire adunque una bocca d'irrigazione non si ha da fare » altro nella sponda del fiume o del canale, ove il filone corre prossi- » mamente nel mezzo, e parallelo alle sponde, che un'apertura, nella » quale conviene incastrare e ben assicurare colla muratura un lastro-

---

(1) Nel Mantovano si fa uso anche del quadretto d'acqua mantovano. La definizione è la stessa; se non che invece di dir *piede* si ha da dire *braccio*. Il piede veronese si divide in dodici once, come in dodici once si divide il braccio mantovano. Il piede veronese poi viene ragguagliato ad otto once e nove dodicesimi del braccio agrimensorio mantovano, come si può vedere presso il Mari, Lezione XXII. pag. 190. Mantova 1802. — Il braccio mantovano, secondo il Brunacci, si calcola metri 0,63797.

(2) Il piede veronese è metri 0,4652.

» ne, in cui ha da essere scolpita la bocca. In questo lastrone poi si farà » la luce rettangolare, nella quale deve consistere la bocca; e questa luce » dev'essere aperta a tale distanza dal fondo, che nelle acque piutto- » sto magre la bocca abbia il battente di *due once.* »

« Del resto nulla è fissato per rispetto alle circostanze del fosso che » deve ricevere l'acqua della bocca; nulla sul rigurgito che può risen- » tire; nulla sulla collocazione delle bocche nelle svolte; nulla infine » su tutte le altre circostanze, le quali possono alterare la quantità d'ac- » qua che sorte da un'apertura, indipendentemente dall'altezza dell'ac- » qua su di essa, e dall'area della bocca. »

« È vero che quando nel 1764 si stabilì questo modo di estrazio- » ne (1) si fissarono molte regole, cui si doveva avere riguardo per prov- » vedere a quei bisogni; ma i periti non poterono poi veramente porle » in pratica, non essendo esse di tal fatta da potersi maneggiare con sicu- » rezza: dimodochè quando oggi si dovesse fare una nuova estrazione di » acque, non si saprebbero seguire altre prescrizioni che le annoverate. »

« Per quanto non sia fatta in proporzione, pure la tavola XIII. pre- » senta in qualche modo all'occhio lo spaccato dell'edifizio di questa » pratica nella direzione dell'acqua che passa per esso. A V è la sezione » trasversale del fondo del canale dispensatore; R p il livello delle sue » acque; O Q la bocca; Q q il battente dell'acqua; D F la sezione lon- » gitudinale del fondo del canale estrattore. »

« La maggior parte delle bocche hanno dodici once di altezza della » luce, e sono valutate dare tanti quadretti, quante volte la larghezza » contiene il dodici: così una bocca che abbia ventisette once di lar- » ghezza e dodici di altezza, è valutata dare due quadretti ed un quar- » to. Di qui bisogna dunque inferire, che il battente dell'acqua di queste » bocche doveva essere di due once: diffatti in alcune, dove questo bat- » tente è notato, si dice che la soglia della luce è sotto il pelo di acqua » tra le quattordici e quindici once. »

» Vi sono bocche, le quali non hanno l'altezza della luce di dodici » once, ma alcune più, altre meno. Ora siccome di queste non è mai » detto quanto fosse il loro battente, così non si può comprendere quali » regole abbiano seguite per valutare la quantità di acqua che portano, » e come abbiano fatto a combinare le tre dimensioni, altezza, larghez- » za delle luci, e battente dell'acqua, onde esse diano quella data quan- » tità d'acqua che si doveva avere. »

---

(1) Vedi Parte II. Libro I. Capo XXVII.

« Credo però che, attesa la gran pratica che la Commissione aveva » di cotali maneggi, non sarà andata lungi dal vero in queste valuta- » zioni. Ma ciò non basta. »

« In tutta questa modellazione poi non si è avuto alcun riguardo » alla pendenza del canale che riceve l'acqua dalla bocca, ed al rigur- » gito, come era detto in principio doversi avere. »

« Perchè da un piede quadro veronese dovesse uscire (poste due » once di battente) un quadretto d'acqua, l'acqua doveva sboccare libe- » ramente nell'aria. Ora, sia la soglia della luce alta ventisei once sul » fondo del canale che ne riceve l'acqua, sia la soglia alta due sole once » sul fondo del canale, sia che la soglia stia al piano del canale, la quan- » tità di acqua in queste tre bocche (le quali danno i limiti delle altezze » delle soglie dal piano del canale) è computata senza che abbiasi alcun » riguardo a questa circostanza dell'altezza della soglia sul canale; e » senza che nè in questa, nè in altre si parli mai di pendenza del canale » medesimo, le bocche hanno sempre dodici once di altezza di luce, e » sono stimate dare tanti quadretti, quante volte il 12 entra nella lar- » ghezza della luce. »

« Così non si trova mai fatta menzione di rigurgito, e di valutazio- » ne del suo effetto. »

« Non ho neppure riscontrato che siasi nel fatto data alcuna stima » della situazione delle bocche rispetto al filone, giacchè quelle bocche » collocate in alcune svolte, e che erano in certo modo investite dalla » corrente, non ho trovato che siano state considerate particolarmente. » Avverto in fine, che nelle Provincie mantovane e veronesi, per cagio- » ne appunto di questa pratica nella dispensa delle acque, dall'epoca di » quel Trattato sino a' nostri giorni, pullulano continuamente le liti tra » gli utenti per rispetto alle competenze delle loro bocche; delle quali » cose si può avere minuta contezza leggendo quanto scrive l'abate » Mari nella sua *Idraulica pratica ragionata*, Tomo III. pag. 199 e » seguenti, ed interrogando gl'Ingegneri di quei paesi. »

« Per ultimo compendio riferiremo quanto scrive il sig. Tadini nella » spesso citata sua Opera intorno alle dispense del Mantovano e del » Veronese. »

« Nel Mantovano l'acqua si dispensa a quadretti. Il quadretto è una » cateratta tagliata in quadro con un braccio mantovano (metri 0,4668) » di lato, e con due once (metri 0,0778) di battente. »

« Anche i Veronesi misurano l'acqua a quadretti, avendo il loro » quadretto il lato di un piede (metri 0,3429), ed il battente di due

» once (metri 0,0571). La misura veronese è usata anche dai Manto-
» vani per le acque del Tartaro » (1).

Nel rimanente delle Provincie venete (dice il Brunacci) non vi è alcuna pratica stabilita per la dispensa delle acque. Non è stabilita neppure un' unità di misura. In tutte le concessioni delle estrazioni che attualmente si trovano non si vede fatta menzione che della grandezza della luce, per lo più rettangolare o quadrata, e dell'uso dell'acqua che deve sgorgarne. Niuna considerazione sul battente dell'acqua, o su qualche altra ciscostanza, dalla quale si possa inferire che siasi avuto alcun riguardo all' elemento della velocità. Nè ciò dee far meraviglia, giacchè queste regole non possono essere giudicate importanti, ed adottate in paesi ove la giacitura del suolo e la mancanza di acque perenni non dà campo a quell'agricoltura che abbisogna d'irrigazioni grandi e moltiplicate.

CAPO XII.

Pratiche del Piacentino e Modenese.

§ 1216. Circa la metà del secolo decimosettimo i Piacentini avevano una pratica, la quale dal Barattieri viene descritta nella seguente maniera: « I Piacentini usano misurare l'acqua a canale, e fanno il loro
» canale di acqua con una sezione di 108 punti, o vogliam dire once
» quadre del loro braccio, senza considerazione determinata nè di altez-
» za o larghezza, nè di pendenza dei canali; moltiplicando solamente le
» dimensioni in qualsivoglia modo trovate. »

Tal' è la descrizione del Barattieri, dalla quale si vede che i Piacentini prendono per unità di acqua quella che può correre per un canale, la cui sezione abbia nove once di base e dodici d'altezza, senza niun riguardo alle altre circostanze del canale medesimo.

Attualmente poi i privati convengono tra loro del modo d'estrar l'acqua, adottando o il milanese, o il cremonese, o qualche cosa di loro soddisfazione.

§ 1217. Da quest' ultima osservazione si vede che i Piacentini agiscono veramente come tutti gli altri delle parti superiori, nelle quali si praticano le bocche e le dispense tassate delle acque. Si richiami qui quanto fu già osservato di sopra circa la legalità di queste bocche di erogazione. Noi dimostrammo che niuna di esse fu mai nè comandata, nè rivestita di autenticità legislativa, come le monete e le misure, sia

(1) Capo IV. § 99.

lineari, sia di capacità. Dunque l'uso riesce da per tutto puramente convenzionale, talchè gli altri paesi sono nella stessa condizione del Piacentino, e viceversa.

§ 1218. Quanto al Modenese, il sig. Tadini si esprime come segue: « Nel Modenese l'unità di acqua è similmente detta *macina*, perchè re» putata bastevole a volgere una macina: essa è misurata con una luce » quadra di un braccio (metri 0,5230) di lato. Può, secondo il prescrit» to del paese, avere un battente, purchè non sia maggiore di once dieci » (metri 0,435). Un'altra minore misura, considerata per la nona parte » della macina, porta il nome di *bocchetta:* la sua cateratta quadra ha » per lato il terzo del lato della macina; ma non deve avere battente. » L'uso modenese è comune anche ai Reggiani; se non che presso di » questi la misura del braccio equivale a metri 0,5308 » (1).

CAPO XIII.

Pratiche dell' Italia meridionale.

§ 1219. « Nel Bolognese non vi sono canali perenni ed irrigatorii: » tutte le acque, comprese quelle del canale Naviglio, sono precarie, e » nell'estate mancano quasi intieramente. I torrenti ed il Reno stesso » nell'estate sono affatto senz'acqua. Per questo non vi è regola costante » ed uniforme, la quale stabilisca come si ha da fare la dispensa delle » acque. Nelle concessioni, che il Governo fa, il modo viene stabilito » dalla perizia dell' Ingegnere d' Ufficio, il quale determina il modo del » collocamento della bocca d' irrigazione e le di lei dimensioni, rego» landosi in questo come si sono regolati in simili casi, ed avendo oc» chio all'uso cui l'acqua deve servire. Vi sono poi per ciascun canale » dei regolamenti, i quali però si riferiscono alle discipline che i custodi » debbono seguire, onde vegliare perchè le cose stiano nello stato che » si trovano, ed onde, in caso di scarsezza d'acqua, i custodi, secondo » la loro arte e perizia, ne facciano scarseggiare ugualmente tutti gli » utenti. »

« In generale la bocca d' irrigazione è nella sponda del canale; è » guarnita di cateratta, per chiudersi intieramente al bisogno: l'unica » regola prescritta pel canale Naviglio si è, che le bocche non giunga» no ad impoverirlo tanto, che ne abbia a soffrire la navigazione; per» ciò fino dal 1658 fu prescritto dal cardinale Farnese, che le soglie

(1) Tadini, *Memoria sulle acque correnti*, Capo IV. § 98.

» inferiori delle bocche fossero di macigno, ed alte tre piedi di Bologna » sul fondo del canale; e di più, che tutte avessero la cateratta per aprirle » o in tutto o in parte, o per chiuderle intieramente. Questa ordinazio- » ne fu rimessa in vigore anche nel 1749, nel 1757, nel 1793 dai di- » versi Cardinali delegati, ed ultimamente nel 1805 dal Prefetto del Di- » partimento. »

« Nel 1811 fu fatta a Bologna per ordine del Prefetto la sistemazione » del così detto *Canal torbido;* ed ove prima le derivazioni delle acque » da questo canale non avevano alcuna regola, facendosi talune con ta- » glio nelle sponde del canale, altre con bocche rettangolari o circolari, » e con diversissime situazioni rispetto al fondo ed al pelo d'acqua, fu » stabilito che tutte dovessero ridursi ad una luce quadrata avente per » lato quattro once modenesi, cioè metri 0,17, e nulla del resto circa le » circostanze suddette. »

« Non si può dire pertanto che nel Bolognese sia stabilita una pra- » tica per la dispensa delle acque. »

« Nel Ferrarese non vi è alcuna pratica stabilita per la dispensa delle » acque. Nel caso di contratti per la compra delle acque d'irrigazione, » si conviene sul modo da tenersi nell'estrazione, senza che siavi alcuna » regola fissa che stabilisca il *modo* di queste estrazioni. »

« Nella Romagna non vi sono irrigazioni sistemate, ma solo alcune » prese di acqua per animare molini privati, che vengono stabilite per » pura convenzione. »

« In altri luoghi dei Dipartimenti romani si pratica l'adacquamento » dei prati, orti ec., e si deviano le acque dei fiumi per gli opificii, ec. » Questi esempii sono più frequenti in vicinanza delle Paludi Pontine. » Ma non vi è pratica stabilita che fissi l'unità di misura delle acque, e » prescriva il modo di eseguirne l'estrazione. »

« In Roma vi è qualche sistema per la diramazione dell'acqua detta » oggidì *mariana;* ed ecco a che si riduce. Le bocche sono fatte nelle » sponde del canale a tutta altezza. L'acqua si dispensa ad ore, e l'au- » torità pubblica vi tiene un guardiano, per regolare le aperture e chiu- » sure delle cateratte apposte alle bocche medesime. Ordinariamente si » aprono le cateratte, e non si fa riflessione alle diverse altezze delle » acque. »

§ 1220. Da questa relazione dataci dal Brunacci si scorge di leggieri quanto più accurato ed economico fosse il sistema della dispensa praticata dagli antichi Romani, come leggesi in Frontino. Esso è tale, che alcuni pensarono avere quasi tolta la palma alla grande scoperta fondamentale

del Castelli. Su ciò si consulti lo stesso Frontino, pubblicato e commentato dal Poleni, e si troverà che se per avventura non era rivelato ai Romani il calcolo geometrico del Castelli, e degli altri idraulici posteriori, ciò non ostante la loro pratica era equivalente alla migliore dei moderni. Posta diffatti la conserva detta da essi *castellum*, nel quale si versavano gli acquedotti, e dal quale indi si faceva la dispensa per mezzo dei doccioni; e posto che tutte le fistole si ponevano allo stesso livello, colla stessa pendenza, e sotto ad uno stesso battente, si doveva certamente, almeno quanto all'effetto, ottenere la più accertata erogazione; e, quel ch'è più, si poteva misurare quante quinarie di acqua venissero erogate in un tempo determinato. Io non sono nè punto nè poco persuaso che il divario fra la dispensa segnata nei registri, chiamati da Frontino *commentarii*, e la dispensa effettiva derivasse dall'ignoranza delle leggi che debbono presiedere all'erogazione, come ha preteso il Barattieri. A ciò vengo indotto dal sapere positivamente in fatto che venivano commesse molte furtive usurpazioni, come rilevò lo stesso Frontino nella visita fatta d'ufficio agli acquedotti romani, nella quale egli trovò e scoprì le frodi degli acquarii, e rinvenne fistole ch'erano senza bollo, ossia non segnate come prescrivevano i regolamenti; come pure scoprì altri furti fatti per mezzo dei tuboli, nonchè altre sottrazioni indebite di persone, il nome delle quali non era mentovato nei pubblici registri delle fatte concessioni.

§ 1221. A fronte di questi fatti positivi, riportatici da Frontino stesso, preside, direttore e curatore degli acquedotti romani, credo essere per lo meno giudizio precipitato e gratuito quello del Barattieri, e di altri che lo seguirono, col quale pronunciò che il divario suddetto, scoperto da Frontino, derivava dal cattivo metodo di erogazione praticato dagli antichi Romani. La dimostrazione diretta di quest'asserzione si doveva fare dal Barattieri almeno col sussidio del calcolo, e dimostrare che il metodo romano doveva per necessità apportare questo divario, fatta astrazione dalle frodi, dalle usurpazioni e dalle prevaricazioni degl'impiegati subalterni, che dovevano vegliare alla conservazione degli acquedotti romani. Ma tale dimostrazione non ci fu nè punto nè poco presentata nè dal Barattieri, nè da verun altro idrostatico. Dunque, non constando altro, dobbiamo necessariamente rimetterci al fatto positivo officialmente rilevato e contestato da Frontino; tanto più, ch'egli ci dà una palmare ragione del divario suddetto.

Io non dico perciò che il metodo romano fosse superiore ad ogni critica; dico solamente, che l'osservazione del Barattieri, fatta senz'al-

tra prova diretta, non è per sè convincente, a fronte della causale pur troppo soddisfacente allegata da Frontino. Dunque fino a che manca la prova diretta, sia matematica, sia sperimentale, dell'asserzione del Barattieri, noi non possiamo aderire al suo giudizio.

§ 1222. Nella Toscana e nel Napoletano, per quanto non s'ignorino i veri principii che debbono regolare la condotta privata delle acque, e queste vengano impiegate nelle irrigazioni, là dove ne abbiano e le circostanze lo permettano, ciò non ostante non fu adottata veruna pratica fissa e costante per la dispensa delle acque private. In codesti paesi si fanno i contratti per la condotta e distribuzione delle acque convenendo tra contraenti sul modo e sulle circostanze della presa dell'acqua.

§ 1223. Si domanderà forse la ragione, per la quale nell'Italia meridionale non siano state adottate le pratiche della maggior parte dei paesi dell'Italia settentrionale. Questa consiste nella giacitura del suolo, e nella mancanza delle acque perenni avvicinate, come si trovano nell' Italia superiore. La corona delle Alpi, dove regnano nevi e ghiacci perpetui, che somministrano incessantemente acqua abbondante ai fiumi che scendono dagli alti monti; questi fiumi, i quali scendono nelle pianure dell'Italia superiore a moderate distanze l'uno dall'altro; le pianure sottoposte, che presentano una moderata declività, somministrano da sè stesse materia e motivo, onde stabilire e conservare un sistema legale ed unico di estiva ed invernale irrigazione. Queste circostanze mancano all' Italia meridionale, nella quale la catena degli Appennini non somministra nè la frequenza nè l'abbondanza delle acque che scendono dalle Alpi. Qual meraviglia dunque che nei sottoposti paesi, dove manca un esteso e costante interesse ad occuparsi dell'economia delle acque, manchino i lavori, le pratiche e le cure che furono stabilite nell'Italia settentrionale?

§ 1224. Dalle pratiche finora descritte in questo e negli antecedenti Capi si ricava che a tre si riducono in ultimo i modi per estrarre l'acqua dai laghi, fiumi o canali. Il primo consiste nel praticare nelle sponde dell' acquedotto dispensatore alcune aperture di lume determinato, onde l'acqua esca a sua posta. Il secondo nell'armare di cateratta o paratora la detta apertura, onde calarla o rialzarla, a seconda che si alza o s'abbassa il fiume, perchè nell'acqua del condotto abbia sempre luogo la medesima altezza. Il terzo in fine consiste nel costruire nel medesimo condotto, che deve ricevere l'acqua a qualche distanza dalla prima, un'altra apertura determinata, regolando la prima coll' alzamento ed abbassamento della cateratta; per modo che in qualunque stato dell'acqua nell'acquedotto abbia questa seconda un *dato battente*. Anche il sig. Lor-

gne in una sua Memoria aveva ridotto a questi tre modi tutte le pratiche usate per la dispensa delle acque tanto in Italia che altrove. Di questi tre modi uno solo è quello, pel quale la dispensa può essere veramente *tassata;* ed è quello, in cui si tiene conto delle tre dimensioni, il segnale delle quali consiste nel *battente*. Cogli altri due potremo bensì riconoscere di avere acque *limitate*, ma non mai acque *tassate*.

SEZIONE II.

Dell' impiego dell' acqua.

CAPO XIV.

In mancanza di espressa convenzione sul modo di consegnare l'acqua, quando debba dirsi esserne stata fatta la consegna.

§ 1225. Tre operazioni concorrono a costituire l'uso dell'acqua per irrigazione. La prima è l'*avviamento;* la seconda l'*impiego;* la terza lo *scarico* (Capo I. di questo Libro). Della prima abbiamo ragionato nell'antecedente Sezione. Ci resta dunque a vedere quali siano i principii legali risguardanti l'*impiego*.

§ 1226. Prima però di trattare direttamente di quest'oggetto si presenta una questione generale, la quale consiste nel sapere *quando* si debba credere fatta la TRADIZIONE dell'acqua, e quindi quando cominci precisamente nell'utente l'impiego legale della medesima. Noi qui parliamo della *tradizione legale*, e non della *materiale*. Osservo poi, che questa quistione non può insorgere fuorchè nell'uso *discontinuo* delle acque medesime; perocchè nell'uso continuo, allorchè fu effettuato la prima volta il contratto, resta effettuato per sempre. Ed affinchè s'intenda precisamente lo stato della questione conviene riflettere che per due maniere può essere fatta la consegna dell'acqua. La prima col *farla trascorrere* dal canale o fonte dispensatore alla *bocca* dell'utente, lasciando che l'utente stesso la conduca poi ai fondi proprii, attraversando gl'intermedii. La seconda maniera consiste nel porre a carico del dispensatore di dar l'acqua *sul luogo* dell'impiego ad un tale determinato tempo, rimanendo a carico di lui ogni ritardo, ogni accidente, ogni dispersione, ed ogni altro motivo di reclamo di danni ed interessi per parte dell'utente medesimo. Questi due modi di tradizione si usano anche nel commercio ordinario. Così il mercante d'una piazza dicesi aver fatta la tradizione allorchè la merce uscì dal suo fondaco o dal suo negozio, e

fu consegnata, sia al compratore, sia ad uno spedizioniere, sia ad un condottiere destinato da lui. Allora il *trasporto* dalla casa del venditore al domicilio del compratore viene fatto a rischio e pericolo del *compratore* medesimo, talchè il venditore non deve avere verun altro pensiero.

§ 1227. Talvolta poi si usa di pattuire che la merce sia data franca alla *casa stessa* del compratore. Allora la tradizione non viene eseguita se non in conseguenza del trasporto fatto alla casa propria, e della consegna nel domicilio del compratore. Nella stessa minuta dispensa degli oggetti di sussistenza si sogliono usare amendue queste maniere di tradizione. Così una famiglia può stipulare con un mercante di vino la consegna giornaliera di una data quantità da farsi dalla cantina sola del mercante; come può egualmente stipularsi che il mercante abbia il carico di mandare il vino giornaliero alla casa del compratore. Nel primo caso, consegnato il vino al domestico o al compratore stesso nel luogo della dispensa, il trasporto resta a carico del compratore, e la tradizione per parte del mercante è così compiuta, ch'egli non deve avere verun altro pensiero. Nel secondo caso poi questo trasporto resta a carico del mercante venditore; talchè la tradizione per parte sua non è compiuta se non quando il vino è consegnato alla casa del compratore. Ora si domanda fra queste due maniere quale sia quella che, *in mancanza di patti espressi*, debba aver luogo nella dispensa delle acque d'irrigazione.

§ 1228. Dico in mancanza di espresse convenzioni, per indicare che la quistione non è che *sussidiaria* al diritto convenzionale, come tutte le altre che vengono agitate in questa materia. Dato dunque il semplice contratto, nel quale Pietro si obbligò a prestare l'acqua a Paolo, si domanda che cosa debba intendersi sotto il nome di *prestazione*, trattandosi in particolare della irrigazione. Si deve forse intendere che Pietro siasi obbligato di dare l'acqua *sul luogo* della irrigazione, malgrado che fosse *distante* dal canale dispensatore; o veramente si deve intendere che la prestazione sia compiuta allorchè Pietro ad una data ora lasciò libero il corso all'acqua nel canale derivatore che la conduce al fondo di Paolo? La prestazione o tradizione legale di Pietro, in mancanza di espresse convenzioni, in quale delle due maniere sopra descritte deve essere fatta? Ecco lo stato preciso della quistione.

§ 1229. Rispondo, che secondo le leggi e gli usi, in mancanza di specifica menzione del modo di fare la consegna dell'acqua, essa s'intende fatta legalmente allorchè dal canale dispensatore viene *avviata* nel tempo convenuto e nella quantità pattuita, e lasciata intieramente decorrere pel tempo stabilito, senza che il dispensatore sia tenuto di conse-

gnarla sul luogo della irrigazione. Dunque al padrone dispensatore basta di aprire la cateratta in un dato momento, e di lasciar trascorrere l'acqua per un determinato tempo ed in una data quantità promessa, senza che si pigli la briga di sapere e procurare che l'acqua arrivi o non arrivi in un determinato tempo e senza alcuna diminuzione al luogo destinato. La tradizione per parte del dispensatore si reputa legalmente eseguita col lasciar decorrere per un determinato tempo e per una data quantità l'acqua medesima. Il rimanente rimane a rischio e pericolo dell'acquirente dell'acqua, come rimane a rischio e pericolo del compratore d'un boccale di vino comprato alla cantina di trasportarlo alla propria casa custodito ed intiero.

§ 1230. Per la qual cosa l'obbligazione di consegnare l'acqua *nel luogo della irrigazione* in un determinato momento non può essere contratta e sottintesa se non mediante *espressa stipulazione* ed accordo formale fra il dispensatore e l'utente. La necessità stessa delle cose impone questa decisione generale di diritto. Considerando infatti le cose nella loro *generalità*, troviamo che il fondo da irrigarsi talvolta resta contiguo al canale dispensatore, e talvolta n'è rimoto. Volendo adunque assumere in vista di soli dati generali una decisione uniforme, altro non si può dire, se non che la tradizione dell'acqua dev'essere fatta mediante l'avviamento fuori del canale dispensatore. Diffatti, uscita l'acqua dal canale dispensatore, essa passa da un fondo *proprio* ad un fondo *altrui*; e vi passa in modo, che anche senza un preciso contratto di dispensa il padrone del canale derivatore può far sua l'acqua trasmessa nel proprio canale, come cosa esistente nel fondo da lui posseduto. Tal è appunto il caso delle acque *sfuggite*, le quali se da un padrone possono essere trattenute senza che ne sfugga una stilla, e però scorrono soltanto *facoltativamente* ad altri; ciò non ostante, allorchè sono sfuggite e giungono sul fondo altrui, esse vengono legittimamente acquistate e fatte proprie dal padrone del fondo *inferiore*, senza che il padrone superiore, a cui sfuggirono, possa reclamarle. Noi non siamo nel caso di un animale che scappa da un ovile, e che può essere inseguito dal proprietario; ma siamo nel caso di un elemento, il quale è reso *proprio* allorchè o per fatto di natura o per fatto dell'uomo sopravviene in un nostro fondo. Egli è come se un'acqua cadente dal cielo, o abbandonata da altri, scorresse sul fondo mio.

§ 1231. Ma se è così, egli è per sè manifesto che il padrone del canale dispensatore, avviando l'acqua nel canale derivatore, eseguisce una formale tradizione, perchè quest'acqua uscita dal proprio canale cangia

di dominio da sè stessa. Ora se dal dominio del dispensatore passa al dominio altrui, si produce l'effetto *giuridico* della tradizione legale, la quale viene considerata operativa giuridicamente appunto perchè mediante la stessa si cangia il dominio ed il possesso di una cosa. Ora con tale avviamento questo dominio e questo possesso non rimangono forse cangiati?

§ 1232. Nè qui potrebbe dirsi che siffatto cangiamento di dominio e di possesso possa riuscire *incerto* quanto alla persona acquirente; locchè accaderebbe col lasciare semplicemente sfuggire un' acqua da un dato canale. Questa incertezza qui non esiste, perocchè in fatto consta che il canale derivatore appartiene all'acquirente. Consta di più, che in forza d'un contratto antecedente fu stipulata la prestazione di una data quantità d'acqua per un determinato tempo. Dunque esiste tutto ciò che fa di bisogno per accertare una verace completa tradizione di una data cosa finita a favore di una persona certa e nota, che non si può scambiare con un'altra. Consta dunque che col semplice avviamento sopra descritto, fatto alla bocca del canale derivatore, per cui si trasmette l'acqua al luogo della irrigazione, viene plenariamente compiuta la legale tradizione a favore dell'utente, per mezzo della quale egli acquista il dominio ed il possesso dell'acqua convenuta, in modo ch'essa rimane intieramente a sua disposizione, senza che il dispensatore debba avere alcun altro carico, nè subire veruna accessoria responsabilità.

Questa conclusione, come ognun vede, non abbisogna di speciali autorità, perocchè essa deriva dai rapporti essenziali e primitivi comuni a qualsiasi contratto di compra o vendita, com' è appunto quello della mera dispensa delle acque d'irrigazione.

CAPO XV.

A profitto di chi cadano le acque sorgenti in un canale derivatore scavato sul fondo altrui.

§ 1233. Altra questione qui si presenta, la quale può interessare l'*uso* dell'acqua d'irrigazione. Ognuno sa che gli utenti non possono sempre praticare sul *proprio* i canali di derivazione, ma che talvolta è necessario *attraversare* i fondi altrui. In questo caso un tronco del rivo essendo situato sul fondo altrui, fa sì che sebbene il fondo serviente abbia l'onere di prestare il transito dell'acqua, ciò non ostante non deve sopportare verun'altra diminuzione del diritto di proprietà. Anzi è certo che la proprietà del fondo occupato dal rivo medesimo appartiene al padrone del

fondo serviente, talchè il padrone della servitù non ritiene che l'*uso* dell'alveo del rivo all'oggetto della servitù contratta, e nulla più. Ulpiano nella legge 4. Dig. *Si servitus vindicetur* molto elegantemente ha detto: *Loci corpus non est dominii ipsius, cui servitus debetur;* o come in altre parole ha detto Gottofredo: *Locus serviens non est in jus domini, cui servitus debetur.* In forza di questo principio ne seguono due importanti massime di diritto. La prima, che il pagamento imposto dagli Statuti e dai Regolamenti a tutti coloro che domandano il passaggio del terreno stimato col quarto e coll'ottavo di più, non si deve risguardare come compra della *proprietà* del terreno, ma bensì come prezzo dell'uso del medesimo. La seconda conseguenza è, che quando per forza maggiore è interrotto l'uso del canale derivatore, come noi figurammo nel Lib. IV. Parte II. Capo III., ambo i tronchi che rimasero senz'uso tornano *liberi* in mano del padrone del fondo serviente, come se non fosse mai stata imposta servitù.

§ 1234. Posto questo principio della proprietà del fondo presso il padrone dissoggettato a servitù, fingiamo il caso che, costrutto il canale derivatore, si aprissero *sorgenti* nel medesimo; di modo che l'utente, oltre l'acqua del canale dispensatore, pensasse di giovarsi e di far proprie anche queste acque sorgenti. Si domanda se il padrone del fondo serviente possa pretendere che queste acque sorgenti debbano andare a proprio godimento, sia in via di uso diretto, sia in via di correspettivo, vale a dire se possa pretendere un prezzo pel godimento di queste acque.

Senza argomentare teoricamente sull'indole e sui limiti della costituzione della servitù di acquedotto, noi abbiamo in pronto la decisione di Pomponio, inserita nella legge 3. § 3. Dig. *De aqua quotid. et aestiva.* Eccone le parole: *Aqua quae in rivo nascitur, tacite lucri fit ab eo qui ducit.* Da questa decisione consta formalmente che la suddetta acqua sorgente deve andare a vantaggio dell'utente del canale derivatore, senza che il proprietario del fondo serviente possa pretendere nè il godimento diretto, nè il prezzo della medesima. Diffatti voi figurate o che sia stato ceduto il canale già costrutto, o che sia stato ceduto il luogo ove costruirlo. Nel primo caso è per sè manifesto, che essendo stato ceduto *come stava*, furono comprese anche le acque sorgenti; nel secondo caso poi questo è un beneficio puramente accidentale, accordato dalla natura mediante la costruzione del rivo stesso, e quindi per opera dell'utente medesimo.

CAPO XVI.

A profitto di chi venga esclusivamente devoluta la coda dell' acqua.

§ 1235. Sopra abbiamo parlato della CODA DELL' ACQUA, ed abbiamo spiegato in che consista. Alcuni vecchi giureconsulti proposero la quistione a vantaggio di chi debba andare questa coda, e se diversi contenti possano pretendere di parteciparne *pro rata*, oppure se debba essere devoluta intieramente all' *ultimo* utente. Il Pecchio esemplifica la quistione come segue. Si spieghi la tav. IX. Supponiamo, egli dice, che la bocca del N.° II. abbia lo spazio di tre giorni, quella del N.° III. di un giorno, quella del N.° IV. pure di un giorno, quella del N.° V. di tre giorni e mezzo, quella del N.° VI. di 20 ore. Egli è certo che nel caso presente l'acqua che per tre giorni compete alla bocca N.° II., spirati i tre giorni deve immediatamente scorrere a beneficio della bocca N.° III., e così successivamente entro i termini secondo le condizioni stabilite. Da ciò viene, che tutte le bocche superiori alla settima sono private del beneficio della coda dell' acqua, e che questa dovrebbe essere devoluta intieramente a favore della bocca N.° VII. Si domanda se ciò possa aver luogo per diritto, e se gli utenti delle bocche superiori abbiano diritto di *partecipare* a questo beneficio.

§ 1236. È facile la soluzione di tale quistione, salendo al principio fondamentale già spiegato. Questo principio fondamentale non è stato che confusamente presentato dal Pecchio, benchè egli stesso lo avesse dapprima accennato. Ma il Pecchio non vi pose mente nella quistione ora proposta, e quindi non lo fece servire di mezzo termine per la soluzione di essa. Invece egli si servì di ragioni *estrinseche*, le quali per mala sorte non soddisfanno la nostra mente, nè apportano verun convincimento. Questo mezzo termine qual è? Che ogni utente ha un diritto *separato* da ogni altro, e che tante sono le servitù, quante sono le bocche ed i padroni delle medesime. Per lo contrario la pretesa di partecipare della coda dell'acqua involge essenzialmente il supposto di una *comunione* di dominio e di godimento dell' acqua del canale dispensatore, la quale non solamente non sussiste, ma è eziandio ripugnante all' indole propria del contratto qui figurato. Diffatti con quale principio potrebbero pretendere gli utenti superiori di partecipare alla coda dell'acqua dopo che ognuno di essi ottenne quanto fu pattuito? Essi pretendono parteciparne o in forza di contratto, o in forza di legge. In

forza di contratto no certamente; imperocchè avuta l'acqua secondo l'orario pattuito, cessa ogni possibile loro diritto. In forza di legge nemmeno, perocchè la legge qui non è che *sussidiaria* alla convenzione medesima. Dunque la pretesa degli utenti superiori è destituta d'ogni titolo di ragione; dunque essi non possono pretendere un più, cui nè la convenzione nè la legge ha loro attribuito.

§ 1237. Per lo contrario pretendendo di partecipare alla coda dell'acqua, di parteciparne *pro quota*, essi implicitamente ed essenzialmente stabilirebbero un *condominio* o una *comunione solidale* sull'acqua defluente nel canale comune, dal quale tutti traggono la rispettiva loro competenza. Ma questa pretesa è forse ammissibile? Essa è forse compatibile col preciso e limitato contratto di dispensa d'ogni utente indipendente da qualunque altro? Che cosa direbbesi di quegli avventori i quali, andando a comprar vino ad una cantina, pretendessero che il mercante li gratificasse per la coda di vino del vasello che tocca all'ultimo compratore? Voi, o signori, avete avuto il vostro, o no? Se l'avete avuto, che cosa potete pretendere di più? Forse un avventore della mia cantina ha diritto sulla massa del mio vino, come un socio del mio negozio? Quando a misura fissa voi avete ottenuta la vostra competenza, ogni vostro diritto cessa interamente sì rispetto a me, che rispetto a qualunque altro compratore. « Praetendere autem dictam caudam debere esse *communem* (dice qui il Pecchio), est quidam latratus canis hortulani vulgatum adagium, quod non extendo » (1). Essa è una pretesa senza titolo, anzi contro il titolo del contratto; essa è una sovversione di ogni diritto. Per la qual cosa conchiudo, che la coda dell'acqua dev'essere dell'ultimo utente, come conseguenza necessaria dello stato fisico delle cose.

CAPO XVII.

Della quantità d'acqua necessaria per le irrigazioni, e della sua misura approssimativa e media.

§ 1238. Se noi consideriamo l'impiego *diretto* ed *immediato* delle acque d'irrigazione come funzione che viene praticata dall'irrigante sul fondo *proprio*, non pare a prima giunta che si possano presentare quistioni legali propriamente tali. La migliore maniera d'impiegare le acque irrigatorie a proprio vantaggio può bensì formare oggetto di rurale

(1) *De aquaeductu*, Lib. II. Cap. IX. Quest. 25. n.° 21.

economia, ma non mai presentare quistioni d'interesse scambievole, le quali possano meritare le inspezioni della civile giurisprudenza. Siccome però l'impiego immediato dell'acqua d'irrigazione forma il centro finale, nel quale si consuma il primario intento dell'acquedotto, così esso influisce anticipatamente sopra tutte le vedute contrattuali, almeno pel fatto dell'irrigazione medesima. Interessa certamente, a lume dei contraenti, il sapere *quant'acqua* occorra, sia per irrigare un prato, sia per coprire una risaja, sia per ravvivare un campo, i cui prodotti siano suscettibili d'irrigazione. Se i calcoli fossero insufficienti, almeno una lunga esperienza avrebbe supplito in un oggetto tanto interessante, anzi nell'oggetto massimo della soggetta materia.

§ 1239. Ora si domanda se abbiamo dati fissi, e confermati dall'esperienza, quanta sia l'acqua che abbisogna per irrigare lodevolmente una data estensione di terreno. Qui, come ognun vede, si parla di una MISURA MEDIA, attesa la varia natura dei terreni atti a fruttificare. Dico dei terreni atti a fruttificare, poichè gli altri non entrano nè punto nè poco nell'ordinaria considerazione della rurale economia. Consultando le opere sì dei periti che dei legali de' nostri paesi, troviamo che per inveterata consuetudine si è stabilito, almeno all'indigrosso e per adequato medio, che un'acqua fluente da una bocca così detta magistrale milanese, della larghezza di tre sopra quattro once lineari, durante lo spazio di un'ora basta ad irrigare lodevolmente una pertica ed un quarto circa di terreno. Il Pecchio, che scriveva alla metà del secolo XVII., lasciò scritto quanto segue: « Tertio est notandum unicam aquae unciam, » *regulariter loquendo*, una hora tantum posse *unicam* terrae perticam » irrigare, ita ut qui unam aquae horam habet, etiam una hora irrigabit unicam terrae perticam. Hinc facto calculo exempli gratia: si quis » habeat tres uncias aquae in rugia, et quis in ea rugia habeat horas » decem, pro dicto tempore irrigabit triginta terrae perticas. Nam multiplicato ternario cum decenario, et facta summa, perticarum triginta irrigatarum constituitur; et sic aptatis aptandis de eo qui habet vel » 4, vel 5, aut 6 aquae uncias tantum, si decem horas tantum habeat, » etiam viginti perticas irrigabit. Quamobrem totum aquae corpus semper est attendendum in irrigatione ad hoc, ut possit cognosci quando » pratum dicetur sufficienter irrigatum » (1).

§ 1240. Passando a tempi più moderni, nel libro intitolato *Uso della tavola parabolica per le bocche d'irrigazione, di Francesco Maria de Regi*, trovo quanto segue (2).

(1) *De aquaeductu*, Lib. II. Cap. IX. Quest. 6. n.° 7. — (2) Cap. XII. pag. 69 e seg.

« La quantità d'acqua che ricercasi per adacquare un dato terreno » dipende assaissimo dal terreno medesimo, e dalla maniera colla quale » esso è disposto. I terreni altri sono d'un fondo arenoso, altri d'un fon- » do forte, ed altri d'un fondo paludoso; altri disposti a prato, ed altri » arati e seminati a riso, ed altri a biade; altri nella loro superficie re- » golari, altri irregolari; ed altri finalmente che hanno la loro superficie » notabilmente inclinata all'orizzonte. Egli è certo che vi vorrà maggior » acqua per adacquare un dato numero di pertiche di terreno arenoso, » e minore per adacquare lo stesso numero di pertiche d'un terreno più » forte: perchè il primo, più poroso, ne assorbisce maggiore quantità del » secondo meno poroso; e minore quantità di acqua vi vorrà per adac- » quare lo stesso numero di pertiche d'un terreno che abbia del palu- » doso, e che sia già inzuppato d'acqua. Non altrimenti accaderà che mi- » nor acqua sarà necessaria per adacquare lo stesso terreno posto a pra- » to, e maggiore per adacquarlo arato, perchè la terra smossa s'imbeve » maggiormente d'acqua; e maggiore ancora per adacquarlo posto a riso: » imperocchè, secondo la consuetudine di chi abbonda d'acqua, sempre » ad esso viene somministrata nuova acqua, sebbene quelli che ne scar- » seggiano s'accontentino di dargliela una volta ogni tanto tempo. Così » minor acqua richiederassi per adacquare lo stesso terreno ben dispo- » sto e spianato, che per adacquarlo irregolare e male spianato; poichè » nel primo caso l'acqua si spanderà liberamente da ogni parte, e nel » secondo sarà da per tutto trattenuta da dossi, ed obbligata a fermarsi » ne' luoghi bassi, con dispendio di tempo e d'acqua; e minore quantità » ancora vi vorrà per adacquare un terreno assai pendente, imperocchè » a cagione della pendenza l'acqua si trasporterà velocemente da una par- » te all'altra successiva del terreno, e prestamente lo scorrerà tutto. Anzi, » perchè ciò non succeda troppo precipitosamente, su questi terreni » suolsi mandar l'acqua per piccoli e spessi canaletti, i quali la traspor- » tano bensì con prestezza, ma non la precipitano. »

« Ma per dire alcuna cosa più precisamente su questo punto, egli è » necessario ricorrere all'esperienza. Due esperienze si sono fatte su » questo proposito (1). Una è stata di adacquare coll'oncia milanese un » prato di circa venti pertiche milanesi di un terreno sabbioso, e non » troppo ben disposto nella sua superficie; e tutto questo si è potuto

(1) Gli annotatori nel 1804 osservano che queste due sperienze sono forse le sole che noi abbiamo in questo genere. Più ancora notarono, che in queste si è tenuto conto soltanto del *primo adacquamento* (pag. 90 in nota).

» adacquare con essa, sebbene fosse per qualche parte rigurgitata, nello » spazio di undici ore, computate dopo il tempo dell'invasazione, e da » quel punto in cui l'acqua cominciò a scorrere sul prato. L'altra espe- » rienza fu, che colla stessa oncia milanese nel tempo d'ore otto, dopo » essere stata fatta l'invasazione, si adacquarono circa dodici pertiche » milanesi di terreno arato e seminato a lino. Stando pertanto a queste » esperienze, si dedurrebbe che l'oncia milanese in un giorno naturale » adacqua pertiche milanesi 43. $\frac{63}{100}$ di prato sabbioso e poco regolare, e » pertiche 36 di terreno arato. E perchè la quantità d'acqua del quadret- » to mantovano, paragonata a quella dell'oncia milanese, è incirca co- » me 9. $\frac{12}{100}$ a 1, così il quadretto mantovano in un giorno adacquerà » pertiche milanesi 397,91 di prato sabbioso, pertiche milanesi 328,32 » di terreno arato. Ma perchè la pertica milanese, che è braccia qua- » drate milanesi 1849,185185, sta alla biolca mantovana, che è brac- » cia quadrate milanesi 8867, 36098, come 1 a 4,79528, saranno le » pertiche milanesi 397.91 di prato, e 328,32 di terreno arato, che » adacqua il quadrato in un giorno, eguali a biolche mantovane 82,98 » e 68,47, siccome apparirà dividendo i numeri 397,91 e 328,32 per » 4,79528. »

« Il numero delle pertiche di terreno che si adacquano in un giorno » naturale coll'oncia milanese viene supposto minore del detto dai si- » gnori periti milanesi, asserendosi da essi che con una quantità d'acqua » equivalente ad once sei milanesi s'irrigano in un giorno circa pertiche » 200 di prato; nel qual caso con una sola oncia non si adacquerebbero » in un giorno che pertiche 33. $\frac{2}{5}$, anzi minore quantità ancora, perchè » il maggior corpo d'acqua deve avere dell'avvantaggio sopra il minore » per la sua maggior forza in ordine all'adacquare. Molto però può in- » fluire, per adacquare colla stessa acqua più o meno di terreno, il modo » col quale quella si usa. Nei due esperimenti superiormente detti si è » procurato di fare le chiusure che sogliono farsi contro la bocca, a fine » di mandar l'acqua sul terreno, nel luogo più discosto da quella, per ri- » gurgitarla meno; siccome pure si è procurato di estrarre l'acqua dal » canale dell'invasazione in tutti quei luoghi da dove essa poteva uscire » e trasportarsi sul terreno; e ciò a fine di acquistar luogo nel canale, » per abilitare la bocca a tramandare maggior acqua, restando più li- » bera dal rigurgito. Quindi può essere che per tali diligenze usate, che » quelli che adacquano non sogliono forse avere, siasi coll'oncia potuto » adacquare maggiore quantità di terreno di quella che dai signori pe- » riti viene supposta. »

« Per ciò che riguarda l'adacquamento dei risi si è superiormente » toccato, che questi si adacquano da diversi assai variamente; imperocchè alcuni, dopo avere riempiuta la risaja d'acqua fino ad una data » altezza, che può essere di un'oncia fino a cinque, secondo che i risi » sono meno o più avanzati, di continuo vi danno nuova acqua, la quantità della quale viene supposta dai signori periti milanesi dover essere » di mezz'oncia milanese per duecento pertiche di risaja, quando il terreno non è sabbioso; ed altri, dopo aver data l'acqua ai risi all'altezza medesima, non ne usano altro che passati sei od otto giorni. »

§ 1241. A maggior lume, e per intelligenza di coloro ai quali manca il modo di ragguagliare la pertica milanese, soggiungeremo quanto lasciò scritto il chiarissimo signor Tadini, il quale si riporta alle misure *decimali* metriche universalmente conosciute.

« Da diverse osservazioni da me fatte, e da altri raccolte (dic'egli » nella stessa citata Opera), risulta che nei terreni che offrono all'acqua » un'ordinaria penetrabilità, mille metri cubi di quella, quando se ne lasci » disperdere meno che si possa negli scoli, bastano ad irrigare una superficie di diecimila metri quadri, che formano appunto una *tornatura* » *metrica*. Infatti uno strato fluido alto un *decimetro*, penetrando tosto » un letto di terra alto due *decimetri*, lo inzuppa talmente, che lo rende » poltiglioso e liquido; ond'esso diffonde poscia l'umidità anche a profondità maggiore. Ciò nei nostri climi è sufficiente a mantenere per » quindici giorni nella state il necessario umore alle novelle biade, rinnovandosi secondo il solito l'adacquamento due volte al mese. »

« E in vero talvolta nel cuore della state piove quanto basta per risparmiare ai campi gli artificiali inaffiamenti; pure o non mai, o assai » di rado, accade che in un mese estivo venga dal cielo tant'acqua, che » pareggi un'altezza di due decimetri; nè il calore estivo giunge a succhiare tanta copia d'umore dall'acqua medesima esposta ai raggi del » sole (1). »

§ 1242. Veramente qui manca il dato per sapere quanti metri cubi di acqua sortano da una data bocca in un dato tempo; ma questo calcolo siccome varia secondo la struttura delle bocche medesime, così ogni perito o idraulico del paese rispettivo può instituire il relativo calcolo, onde poi determinare il *tempo* necessario ad ottenere una data irrigazione con una determinata bocca. Ciò sia detto a lume di tutti co-

(1) *Del movimento e della misura delle acque correnti*, Capo VIII. § 169. pag. 159 e 160. Milano 1816, dalla tipografia Sonzogno e Comp.

loro, i quali nei paesi d'irrigazione sogliono fare contratti a fine di avere un dato almeno approssimativo della quantità d'acqua occorrente ad una lodevole irrigazione. Mediante questo dato sapendosi quante once d'acqua occorrono, ossia quante ore, e conoscendosi nel dato paese il prezzo comune dell'acqua commerciabile, ogni contraente può determinare se le sue finanze comportino di fare acquisto di una data presa d'acqua. Senza ciò egli corre rischio di sottostare ad un contratto gravoso o più del dovere, o più delle sue forze.

SEZIONE III.

Dello scarico, ossia degli scoli.

CAPO XVIII.

Aspetto diverso delle acque colatizie. Loro quantità proporzionale necessaria per le irrigazioni.

§ 1243. L'ultima funzione dell'uso immediato delle acque d'irrigazione è lo scarico delle medesime dopo che il terreno fu irrigato. La funzione dello scarico, per sè essenziale ed indispensabile, come altrove fu notato, e senza la quale non può esistere la condotta delle acque, può essere considerata nel comune commercio sotto due aspetti. Il primo come semplice *funzione conservatrice*, vale a dire in quanto allontana l'acqua superflua, la quale può divenire nociva. Il secondo aspetto è quello di *funzione lucrativa;* e ciò avviene quando le acque vengono acquistate dopo l'irrigazione dai padroni dei fondi inferiori, ad oggetto di servirsene per altre irrigazioni succedanee. Nei paesi in cui viene praticata l'irrigazione dei fondi concimati e grassi si sogliono cercare più gli scoli, che le acque vive che derivano dai primitivi canali. Frequenti sono dunque le ricerche, come pure frequenti sono le contestazioni che nascono sopra le *acque colatizie.*

§ 1244. Per la qual cosa si presentano ad un tratto due primarie ispezioni. La prima è, quant'acqua colatizia abbisogni per irrigare successivamente altri fondi inferiori, dopo che furono irrigati i superiori. La seconda poi è, con quali principii di ragione debbano essere regolati i contratti e decise le contestazioni risguardanti queste acque colatizie. La prima quistione riesce di puro fatto meramente fisico, e però lo scioglimento della medesima dipende dall'esperienza e dall'alveo. E siccome si brama una risposta generale, malgrado la varietà dei terreni,

quali furono contemplati nella prima irrigazione; così questa risposta non può presentare che un adequato medio grossolano ed approssimativo, col quale per altro viene limitata la quantità delle acque colatizie bisognevoli per le succedanee irrigazioni. Consultando i libri dei periti dell'arte, noi troviamo essersi adottato come misura media quanto venne notato dagli editori dell' Opera succitata del Regi.

« Ognuno sa (dicono essi) che sul terreno che si vuole adacquare » inducesi una specie d' inondazione, alla quale dopo un determinato » tempo si apre l'uscita, deviandosene altrove gli scoli. Questi scoli sono » più o meno copiosi, secondo la varia estensione di terreno che ad un » tempo s' inaffia. Nelle predette esperienze trattandosi di poche perti- » che, non si andrà lontani dal vero dicendo che lo scolo eguagliava la » *metà* di quell'acqua che s'indusse sul terreno. Con questo scolo adun- » que avrebbesi potuto mettere sott' acqua un' altra metà di terreno. Ma » per la stessa ragione che nel primo adacquamento la metà d' acqua » avanza per lo scolo, nel secondo adacquamento avanzerà la metà della » metà, e così col medesimo ordine sino all' infinito. Se dunque chia- » merassi 1 l'ampiezza del terreno che si mette sott' acqua nel primo » inaffiamento, la totalità del terreno che si adacquerebbe, tenendo con- » to di tutti gli scoli successivi, si dovrà esprimere per la serie geome- » trica $1, \frac{1}{2}, \frac{1}{4}, \frac{1}{8}$ ec. in infinito, la cui somma è $= 2$; il che ci fa ve- » dere, che tenendo esatto conto degli scoli, la totalità del terreno adac- » quato riesce il doppio di quello che si può mettere sott'acqua col primo » inaffiamento. Sebbene poi nella pratica l'inaffiamento non si faccia » secondo l'ordine della serie geometrica, mescolandosi gli scoli, quando » si trovano ridotti a molta scarsezza, con altre acque, ciò nondimeno » in ultimo risultato l'adacquamento procede come se si tenesse l'ordine » predetto. »

Se noi supponiamo che i terreni si adacquino di quattro in quattro giorni, un' oncia d' acqua (1) servirà per adacquare pertiche di prato 349,04, e di terreno aratorio pertiche 288 (2).

§ 1245. Questi dati, ammessi universalmente in pratica, possono servire di lume a tutti i possessori ed acquirenti degli scoli, onde avere almeno all' indigrosso un limite pei contratti rispettivi, sia per l' acqui-

(1) Qui s' intende un' oncia fluente secondo il modulo milanese, la quale, giusta i computi sopra recati, dà in un dato tempo tanti metri cubi di acqua.

(2) *Uso della tavola parabolica per le bocche d' irrigazione, di Francesco Maria de Regi,* Capo XII. pag. 70 - 71. (Nota degli Editori)



sizione, sia per la manutenzione, sia finalmente per vedere se si abbia acqua bastante per provvedere mediante gli scoli ad una data irrigazione succedanea. Certamente dovrà servire di dato fondamentale la quantità dell'acqua presa, e la qualità ed estensione dei fondi irrigati coll'acqua viva. In conseguenza di ciò si determina almeno approssimativamente la quantità degli scoli rimanenti, e si deduce indi l'oggetto da dedursi in contratto.

CAPO XIX.

Idea di fatto e di ragione degli scoli considerati come ramo delle servitù prediali.

§ 1246. Dopo avere determinata la parte *fisica*, ossia *di fatto*, interessante nella materia degli scoli, passiamo alla parte *legale*. Ogni scolo si può considerare sotto due grandi aspetti. Il primo come semplice scarico di un' acqua superflua, che rimanendo sul suolo diviene nociva; il secondo sotto l'aspetto di oggetto contrattuale e di proprietà commerciale. Quanto al primo aspetto non occorre qui aggiungere cosa alcuna, dopo quanto fu esposto intorno allo scarico difensivo, dirò così, delle acque medesime nella Parte II. Libro III. Capo XIII-XVIII. Dunque resta a trattare degli scoli come di oggetto commerciale e lucrativo. Sotto questo punto di vista le acque morte, che sopravanzano all'irrigazione, possono essere oggetto tanto di servitù prediale, quanto di semplice transazione commerciale, come qualunque altra presa di acque. Considerate voi che il padrone di una data acqua viva siasi obbligato di tramandare, sia in perpetuo, sia temporaneamente, l'acqua suddetta ad un altro fondo inferiore? Ecco allora pattuita una servitù, sia *perpetua*, sia *temporanea*. Io non parlerò di servitù *continua* o *discontinua*, poichè la natura stessa delle cose non rende possibile che una servitù *discontinua*. Diffatti considerando che l'uso degli scoli dipende essenzialmente dall'uso delle irrigazioni, il quale per sè stesso è discontinuo, ne viene di necessaria conseguenza che l'uso degli scoli non può essere che discontinuo, e nulla più.

§ 1247. Come le servitù prediali si possono acquistare anche in forza di tacito consenso, manifestato con un legale possesso e mediante opere manufatte sul fondo altrui, anche la servitù attiva degli scoli si può acquistare collo stesso possesso e cogli stessi segnali. Così taluno padrone del fondo inferiore possedendo un canale *raccoglitore* costruito sul fondo irrigato, da cui decorrono le acque, può acquistare, mediante i modi

già spiegati in quest' Opera, la servitù attiva degli scoli medesimi, come pure si acquista la servitù attiva dell'acquedotto.

§ 1248. Qui però cade un'importante osservazione, la quale frappone una differenza fra l'una e l'altra specie di servitù. Allorchè figuriamo un'acqua viva che decorre per un dato rivo, in qualunque modo ciò nasca, noi non consideriamo che il capo di un'acqua la quale percorre una data via; talchè la corrente continuata, comunque ritorta e divisa, riveste una specie di personalità individuale, per cui stabilita una volta un'opera manufatta che la raccolga e la trasmetta, si considera impressa la servitù su tutta quella corrente. Ma per verificare questo concetto rapporto agli scoli di che abbisogniamo noi? È di fatto che colla irrigazione si disperde l'acqua viva sopra tutto il terreno irrigato, talchè è impossibile verificare il concetto di un'unica corrente che sopravanzi alla irrigazione. Per lo contrario non si presenta alla fantasia altro che una specie di momentanea inondazione, per la quale l'acqua tenda a sfuggire da mille parti diverse, senza che si ravvisi un punto centrale od una data corrente suscettibile di certo possesso e di certa servitù. Certamente se figurassimo che tutti questi scoli andassero a por capo o si versassero in un fosso che circonda il fondo irrigato, e nello stesso tempo supponessimo che tutta l'acqua di questo fosso risuscitata a vita decorresse verso un dato punto, noi potremmo verificare anche negli scoli il concetto delle correnti vive assoggettate a possesso ed a servitù tacitamente acconsentita. Ma come verificare questa ipotesi allorchè consideriamo il fondo superiore in attualità d'irrigazione, e consideriamo i fili o canaletti moltiplici di acqua che scaricano partitamente sui fondi inferiori l'acqua sovrabbondante? Ognuno sente di leggieri che, tolta l'unità della corrente, è tolta anche l'unità del possesso e della servitù. Anzi esaminando attentamente la cosa si rileva che l'*unità* del possesso e della servitù delle acque vive riposa intieramente sul supposto dell'unità fisica di fatto della corrente medesima.

§ 1249. Dunque che cosa rimane, onde affermare una data servitù o un dato possesso in materia degli scoli d'irrigazione? Rimane il solo partito di asserire essere tante le servitù, quanti sono i piccoli canali scaricatori in un solo canale raccoglitore; e però che il corpo vero della servitù e del possesso rimane diffuso ed esteso a tutto il canale raccoglitore, dimodochè possedendo un dato tratto del canale raccoglitore, non si può assolutamente affermare di possedere tutti gli scoli che vengono immessi nel medesimo. Quanti sono i tronchi di questo canale, e quanti sono i rivi immittenti le acque colatizie, altrettante sono le ser-

vitù che almeno speculativamente ed in astratto si possono figurare negli scoli d'irrigazione.

§ 1250. Per la qual cosa, specialmente in materia di possesso interpretato secondo la natura del canale o dell'opera manufatta, è necessario verificare l'estensione, la forma, l'ufficio del CANALE RACCOGLITORE in tutta la sua estensione ed in tutte le sue parti, appunto perchè nell'acqua raccolta e decorrente non si può verificare il concetto individuale ed unico delle correnti vive contemplate nelle acque non colatizie. Questa osservazione è sommamente importante e decisiva sì pei giudici che pei periti, onde non iscambiare i caratteri ed i rapporti dei possessi e delle servitù delle correnti vive coi possessi e colle servitù delle acque colatizie. L'ufficio materiale dei canali raccoglitori non è ufficio semplicemente *continuativo*, come nelle correnti vive. In queste, verificata una volta l'*introduzione* dell'acqua in una bocca, il deflusso che ne viene si considera come un semplice uffizio secondario e derivativo, la causa del quale si rifonde tutta nel *capo dell'acqua*, ossia nel titolo fondamentale della derivazione. Qui dunque il canale di derivazione non è che di pura *trasmissione*. Negli scoli per lo contrario non è così. In ogni parte del canale raccoglitore si può verificare un nuovo capo d'acqua, formato appunto dal rigagno, canaletto, o filo d'acqua ch'entra distintamente ed indipendentemente da un altro. Penetratevi bene dell'idea di RACCOGLITORE, e ravviserete tosto la differenza totale fra l'una e l'altra specie di canale, di possesso e di servitù. Parlando propriamente, un canale raccoglitore rappresenta *una somma di tanti capi d'acqua*, quanti sono i fili o i rivoli immittenti. Il canale derivatore per lo contrario non rappresenta che *un capo solo*, e nel rimanente non offre altro che un *proseguimento* di viaggio dell'acqua identica somministrata dal capo unico suddetto.

§ 1251. Ciò che si avvicinerebbe di più ad un canale raccoglitore (che nel vernacolo milanese appellasi CAVO-CERCA) sarebbe un *cavo-sorgente*, di cui parlammo a suo luogo. Ivi diffatti sorgono a diritta ed a sinistra nuovi zampilli d'acqua, i quali via via si uniscono al corpo maggiore, e vengono unitamente convogliati da tutta la corrente che cammina dentro l'alveo del cavo-sorgente medesimo. L'unica differenza fra il cavo-sorgente ed il canale raccoglitore degli scoli consiste nell'essere il primo di condizione *permanente* e *perpetuo*, mentre il secondo non è che interrotto ed accidentale. Più ancora: nel primo il più delle volte si uniscono acque straniere, in via principale; dovechè nei raccoglitori vi si unisce soltanto per accidente.

CAPO XX.

Che il titolo fondamentale della servitù degli scoli non può essere che puramente CONDIZIONALE.

§ 1252. Premesso questo stato di fatto e di diritto delle acque colatizie, resta a vedere quali siano i principii legali coi quali, in mancanza di espresse convenzioni, si possono decidere le quistioni emergenti relative alle medesime. Prima di tutto si osserva, che in mancanza di convenzioni espresse o di tacite concessioni, autenticate e comprovate nei modi già spiegati, ogni scolo d'irrigazione per parte del padrone del fondo superiore s'intende essere puramente *facoltativo*. Per la qual cosa se il padrone del fondo *inferiore* rimane *obbligato* a riceverlo, egli in forza di questo semplice suo obbligo, e del suo deflusso di fatto dell'acqua, non acquista veruna *servitù attiva*, onde obbligare il padrone del fondo superiore a non deviarlo. Il lungo od anche immemorabile tempo, durante il quale queste acque decorsero, non induce diritto alcuno a pro del padrone del fondo inferiore, ma si esige sempre o il documento espresso in una formale concessione, o veramente un possesso convalidato e testificato da un'opera manufatta nel fondo superiore, in forza della quale venga raccolta la somma di tutti i capi dell'acqua sopra descritti. Senza di ciò sarebbe vana ogni pretesa tratta dal sussidio del tempo per fondare qualche diritto. Imperfetta poi riuscirebbe la pretesa di abbracciare tutti gli scoli con un canale, pel quale non si afferrassero tutti i capi particolari delle acque colatizie. Dunque per fondare una vera e completa pretesa, sia di servitù, sia di possesso irrevocabile degli scoli, si ricerca o un espresso atto contrattuale, che nominativamente ne trasmetta la ragione, o una tale opera compiuta ed esistente legalmente pel tempo della prescrizione, la quale ne abbracci il complesso, e assoggetti tutti i rivoli scaricatori alla servitù voluta. Noi non abbisogniamo di sviluppare e di comprovare in particolare queste proposizioni, poichè non sono altro che una vera e schietta applicazione delle teorie comuni alle servitù prediali, ed a quella dell'acquedotto sovra esposte.

§ 1253. Invece io credo cosa importante di far notare, che nella soggetta materia esiste una QUALITÀ perpetua, la quale frappone una decisiva *differenza* fra le suddette teorie generali e quella che riguarda gli scoli. Stabilita una servitù, sia perpetua, sia temporanea, la nostra mente non vede che lo stabilimento suddetto, che la servitù possa esistere o

non esistere, durare o cessare, a piacere del padrone del fondo serviente. Ciò è tanto vero, che dicesi: la servitù passa col fondo a guisa delle ipoteche, senza che si possa ravvisare dalla parte del serviente potenza alcuna atta ad abolire la servitù medesima. Ma in materia di scoli accade forse lo stesso? Mi spiego. Il diritto di godere degli scoli è totalmente *dipendente* dal fatto facoltativo dell'antecedente irrigazione fatta dal padrone del fondo superiore. Dunque la ragione attiva di un'acqua colatizia *dipende* intieramente dal fatto anteriore di questa irrigazione. Ma se il fatto di questa irrigazione è totalmente *facoltativo* al proprietario del fondo irrigato, ne verrà per necessaria conseguenza che la ragione stessa di godere degli scoli dipenderà da questa facoltà. Ciò posto, è per sè evidente che la facoltà di godere degli scoli, e quindi la servitù, sia contrattuale, sia posseduta, riposerà intieramente sopra di una *condizione dipendente dalla volontà* altrui; talchè si dovrà dire sempre che il padrone della servitù godrà della ragione degli scoli solamente NEL CASO che si effettui l'irrigazione del fondo superiore. Dunque noi avremo sempre non una servitù *assoluta* nè un obbligo impreteribile, ma una servitù *condizionata* ed un obbligo solamente subalterno, nel caso cioè che il padrone del fondo superiore sottoponga ad irrigazione il fondo medesimo.

§ 1254. Niuna legge nè di naturale nè di positiva ragione potrebbe diffatti obbligare giammai verun proprietario ad assoggettare i proprii fondi, in grazia degli scoli altrui, ad un trattamento agricolo, il quale riescirebbe essenzialmente non solo incomodo, ma disastroso, fatale, e distruttivo d'ogni utile produzione. E chi non sa diffatti che tanto i fondi sottoposti a risaja, quanto quelli che riduconsi a prato, debbono successivamente alternarsi secondo l'opportunità, talchè è forza avvicendare i lavori agricoli, onde non rendere sterili i terreni, e talvolta anche fatali alla stessa salubrità? Da ciò ognuno comprende quanta differenza passi fra le teorie legali che dirigono la ragione dell'acquedotto delle correnti *vive*, ed i dettami particolari che dirigono la materia degli *scoli*. Su questo articolo non può esistere niuna controversia, come non esiste diffatti; e però la tesi grande e fondamentale, che la ragione degli scoli sia puramente *condizionale*, come sopra fu spiegato, deve assumersi qual base perpetua degli atti e dei giudizii su questa materia.

CAPO XXI.

Avvertimenti finali in materia di scoli.

§ 1255. Le cose dette fin qui servono per far intendere i caratteri *proprii* e *differenziali* delle acque colatizie, onde fissare il criterio proprio di fatto e di ragione di questa materia. Per la qual cosa alle dottrine accennate in questa Sezione si dovranno aggiungere come a compimento le altre teoriė comuni a tutta la materia della condotta delle acque. Io sono dispensato dal soggiungere qui queste teorie, poichè di esse ci occupammo nelle parti antecedenti del presente lavoro.

Qui mi resta soltanto di avvertire che, tranne i principii generali e speciali suddetti, tutta la materia degli scoli viene perpetuamente diretta da principii e da titoli puramente *convenzionali;* dimodochè poco o nulla verrebbe a discutersi in pratica, allorchè taluno si limitasse à concedere *in generale* gli scoli de' suoi fondi ad un altro possessore di fondo inferiore. Certamente si può domandare a chi tocchi di costruire il canale raccoglitore delle acque colatizie che sopravanzano all' irrigazione. Ma questa quistione rimane sciolta al lume dei dettami e delle leggi che furono già premesse allorchè parlammo dell' *effezione* della servitù di acquedotto. Colle stesse norme vengono pure appianate le altre quistioni appartenenti alla *purgazione*, alla *refezione* ed alla *manutenzione* delle opere necessarie onde raccogliere e godere degli scoli medesimi.

§ 1256. Una speciale quistione potrebbe insorgere rapporto allo *scarico* degli scoli, non tra l' irrigante e l' utente primo dei medesimi, ma fra l' utente ed il possessore estraneo di altri fondi, sui quali si pretendesse di scaricare i secondi scoli dopo la succedanea irrigazione praticata da lui. Ma anche qui conviene giovarsi della distinzione già fatta a suo luogo su questo punto. O il possessore del fondo inferiore, nel quale l' utente degli scoli pretende o di scaricare o di transitare l' acqua, si trova sulla via legale che conduce ad uno scaricatore comune destinato, o no. Nel primo caso il padrone del fondo inferiore non può ricusare di ricevere contro sua voglia lo scarico suddetto, ma deve soffrirne il passaggio, a tenore delle leggi e dei regolamenti già citati. O il fondo inferiore si trova *fuori* della via necessaria e legale dello scarico, ed in tal caso egli non può essere contro sua voglia obbligato a ricevere dal fondo superiore lo scarico secondario, ma fa d' uopo una formale concessione di lui o espressa o tacita, vale a dire manifestata con un possesso legale dell' utente praticato pel tempo voluto dalla legge.

§ 1257. Una riflessione generale e comune si deve tener sempre presente; ed è, che nell'uso delle acque fatto da ogni possessore occorrono in fatto le tre funzioni del *ricevimento*, dell'*impiego* e dello *scarico* dell'acqua; talchè la nozione della condotta di lui viene essenzialmente costituita da queste tre funzioni, inseparabili l'una dall'altra. Allorchè dunque siano conosciuti i dettami legali per la primitiva irrigazione, questi servono per le successive che vengono fatte colle acque colatizie. Ciò però s'intende solo quanto all'*uso*, e non quanto alla *fondazione* della rispettiva servitù. Questa dev'essere regolata in conseguenza dei principii sì comuni che proprii alla condotta delle acque colatizie, come testè fu avvertito.

§ 1258. Tutte queste avvertenze sono necessarie, e debbonsi avere presenti non solamente in vista dei rapporti proprii delle cose, ma in vista eziandio di una esatta riflessione del Pecchio, il quale notò che nel Diritto romano mancano leggi proprie, per le quali dirigere la giurisprudenza in materia di scoli. È vero che nei testi della romana legislazione troviamo moltiplici disposizioni anche sulle acque irrigatorie; ma è vero del pari ch'esse versano intorno le acque vive, e, quel ch'è più, parlando di rustiche servitù, queste acque si volevano da principio perenni. Così nel Digesto, sotto il titolo *De aqua quotidiana et aestiva*, nel quale si prendono di mira appunto le acque irrigatorie, troviamo una spiegazione che esclude la considerazione delle acque morte, ossia degli scoli. Ivi diffatti si dice: « Haec interdicta de aqua, item de fonte, ad eas aquas pertinere videntur, quae a capite ducuntur, non aliunde. » Con questa locuzione è per sè troppo manifesto che l'interdetto del Pretore, e le conseguenti illustrazioni e decisioni dei giureconsulti, versano intieramente sulle acque *vive* dedotte dal capo, e non su altre specie di acque, quali sono appunto le colatizie. Tale restrizione viene confermata anche dalla leg. 9. Dig. *De servitutibus rusticorum praediorum*. Questo fu pure il senso e questi i limiti riconosciuti dagl'interpreti, come per esempio il Zoesio nel Libro XLIII. al titolo 10. dei Digesti di Antonio Fabro e degli altri consecutivi. E però fu un abbaglio quello del Menocchio, che nel suo Trattato *De retinenda possessione*, nel Rimedio 6. n.° 22, suppose che le leggi romane avessero contemplata la materia degli scoli, contro l'espressa avvertenza fatta dagli espositori dello stesso Diritto.

§ 1259. Le posteriori legislazioni, le quali si contentarono di segnare soltanto certi canoni generali sulle servitù, nè avvisarono di entrare in quelle particolarità delle quali provvidamente si occupò il Diritto ro-

mano, non ci somministrano alcun lume speciale sulla materia degli scoli. Da ciò è manifesto che in queste parti deve supplire l'industria del giureconsulto e del magistrato, onde, rilevato lo stato necessario di fatto delle cose, giovarsi dei principii generali, e tesserne quelle induzioni che una stretta logica e un'equa giurisprudenza suggeriscono per decidere le moltiplici controversie che insorgono intorno le acque colatizie. Sarebbe stato desiderabile che il Pecchio, benemerito espositore della materia, avesse posti in evidenza i principii fondamentali e le nozioni differenziali valevoli a dirigere tutta la dottrina. I suoi dettami sono ravvolti in particolari concetti, che stanno sepolti in petto del giureconsulto. Quella lucida, piena ed indipendente esposizione del criterio decisivo, cotanto necessario, manca intieramente a questo espositore.

APPENDICE ALLA PARTE II.

METODO

per la soluzione delle quistioni relative all' uso delle acque specialmente nelle irrigazioni dei fondi regolate sugli orarii.

CAPO I.

Definizione della competenza d' acqua nelle irrigazioni dei fondi; degli elementi che la compongono, e delle varie permutazioni che può assumere secondo le circostanze.

§ 1260. Giacchè dal nostro autore si è accennato il modo di ripartire le acque per gli adacquamenti dei fondi, si crede conveniente riportare una formola generale, col mezzo della quale ottenere facilmente la soluzione di tutti i casi che possono accadere relativamente alle competenze degli utenti di roggie per l'uso delle acque regolate sugli orarii.

§ 1261. Questa competenza non può che equivalere all'uso di una determinata quantità d'acqua d'un flusso equabile e continuo, la quale riconosce per unità di misura la così detta *oncia* o *quadretto*, modellata secondo il costume dei diversi Distretti e Comuni della Repubblica.

§ 1262. Accadendo però di frequente che lo stesso corpo d'acqua perenne scorra in un dato periodo di tempo a favore di più particolari, che chiamansi *utenti*, è facile vedere che la somma della quantità d'acqua che ciascun utente ha goduto interpolatamente nel determinato periodo, deve uguagliarsi al quantitativo totale d'once d'acqua che ne costituisce il corpo intiero, nel modo stesso come se un utente solo nel menzionato periodo avesse usato continuamente di tutta l'acqua: quindi ne viene, che la quantità interpolata rispettiva di ciascun utente deve pure equivalere ad una corrispondente parte d'acqua continua del corpo intero decorso nello stesso periodo, che ne forma la vera competenza.

1263. Ciò ammesso, è manifesto che tale competenza, ossia quantità di acqua continua, così ridotta dallo stato d'interpolazione, risulta dai tre seguenti elementi: 1.° dal numero delle once che costituiscono il

corpo di essa o la portata di una roggia; 2.° dalla ruota, ch'è una continua successione di eguali periodi di tempo suddiviso in parti proprie ai differenti utenti; 3.° dall'orario, ch'è una delle sopraddette parti della ruota.

§ 1264. Poichè adunque una quantità d'acqua interpolata non è che il flusso equabile della medesima per un determinato orario, oltre il quale resta sospeso questo flusso fino al compimento della ruota, ben tosto si comprende che tale quantità d'acqua, ridotta ad uno stato di continuità, sarà in ragione diretta composta dell'intero corpo d'acqua della roggia che si usa e dell'orario, e nella ragione reciproca della ruota. Imperocchè è manifesto che quanto maggiore sarà la portata di quella roggia, della quale ci serviamo per l'innaffiamento delle terre o per qualsivoglia altr'uso, altrettanto maggiore sarà la quantità d'acqua di cui godiamo; e parimente questa quantità sarà maggiore secondo il numero dei giorni o delle ore in cui possiamo usare di quella: per contrario, quanto maggiore sarà il tempo della ruota, tanto minore sarà la quantità d'acqua nello stesso orario.

§ 1265. Pertanto se si chiama R la ruota, T l'orario, N il numero delle once d'acqua, Q la quantità d'essa equivalente all'interpolata, ossia la competenza, avremo $Q = \frac{NT}{R}$, equazione che sebbene semplicissima, pure ci conduce alla soluzione di tutti i casi anche i più complicati per regolare l'uso interpolato delle acque di derivazione.

Esempio I.

Un utente che ha diritto di 6 once di acqua per giorni 6 in ruota di giorni 15, la vuole trasformare in un'acqua perpetua: quante once potrà egli pretendere?

Poichè abbiamo $N = 6$, $T = 6$, ed $R = 15$, sarà $Q = \frac{6 \times 6}{15} = 2\,{}^2/_5$; potrà dunque questo utente pretendere l'uso continuo d'once 2. $^2/_5$ di acqua.

Esempio II.

Si assegna ad un utente una competenza equivalente ad once 3. $^3/_5$ di acqua continua, e gli si concede l'uso di una roggia della portata di 12 once d'acqua con orario di giorni 4. $^1/_5$: quale ne sarà la ruota corrispondente?

Dall'equazione $Q = \frac{NT}{R}$ si ha $R = \frac{NT}{Q}$, in cui sostituiti i valori

numerici, si avrà $R = \frac{12 \times 4 \times {}^1/_5}{3 \times 3/5} = \frac{252}{12} = \frac{252}{18} = 14$.

Perchè adunque quest' utente abbia ad avere la succennata competenza, dovrà godere il corpo d'acqua nell'indicato orario in ruota di giorni 14.

Esempio III.

Un utente è in diritto di usare continuamente la quantità di 4 once d'acqua, e vorrebbe far cambio con un altro utente, il quale gode 20 once d'acqua in ruota di 15 giorni: quale orario competerà al primo utente?

Fatto $Q = 4$, $N = 20$, $R = 15$, e sostituiti nella formola i rispettivi valori, sarà $4 = \frac{20\ T}{15}$, e quindi $T = \frac{4 \times 15}{20} = 3$. L'orario domandato sarà di 3 giorni in ruota di 15 giorni.

§ 1266. Quando si volessero confrontare le competenze di due utenti, ossia le loro rispettive quantità d'acqua ridotte ad equivalenti, si chiameranno per ordine q, n, t, r, la nuova ridotta equivalente quantità d'acqua, il numero delle once del corpo della medesima, il tempo dell'uso od orario, e la ruota. Per le surriferite ragioni dovendo essere $q = \frac{nt}{r}$, sarà $Q : q = \frac{NT}{R} : \frac{tn}{r}$.

Esempio I.

Un utente A gode sei once d'acqua per sei giorni in ruota di quindici giorni; ad un altro utente B abbisogna una competenza, od una ridotta quantità d'acqua quadrupla di quella di A; ma vorrebbe godere la nuova quantità d'acqua per cinque giorni continui in ruota di dodici giorni: quale dovrebbe essere il corpo d'acqua conveniente?

Sostituiti nella suddetta analogia i corrispondenti valori, sarà $1 : 4 = \frac{6 \times 6}{15} : \frac{5n}{12} = \frac{12}{5} : \frac{5n}{12}$, ossia $1 : 4 = 144 : 25\ n$; dal che risulta $n = \frac{4 \times 144}{24} = 23. \frac{1}{25}$. Dunque il corpo d'acqua competente sarà di once $23. \frac{1}{25}$.

Esempio II.

Un utente, a cui competono sette once d'acqua per sei giorni e $^1/_2$ in ruota di quindici giorni, vorrebbe cambiarla con un altro corpo di

acqua di dieci once in ruota di quattordici giorni: quale sarà il suo orario?

Poichè l'acqua equivalente dopo il cambio deve uguagliare quella che si godeva da prima, così nella suddetta analogia avremo $Q = q$, e però $\frac{NT}{n} = \frac{nt}{r}$; nella quale equazione sostituiti i valori proposti, si avrà $\frac{7 \times 6\,^1/_2}{15} = \frac{10}{14}\,t$; d'onde si ha $t = \frac{7 \times 6\,^1/_2 \times 14}{15 \times 10} = \frac{637}{150} = 4,247$ prossimamente, ossia 4 giorni, 6 ore, 55 minuti.

Esempio III.

Vi sono tre utenti di una roggia della portata di un corpo d'acqua di venti once, che scorre in ruota di dodici giorni: il primo di essi ne ha sei giorni, il secondo quattro giorni, ed il terzo due giorni. Questi ultimi introducono nella roggia altre otto once d'acqua, su cui hanno eguale diritto; vorrebbero che la ruota invece di dodici giorni fosse di quattordici giorni, e che il primo adattandosi a questa ruota venisse escluso dal beneficio della maggiore quantità d'acqua introdotta, senza pregiudicare alla sua primiera competenza. Quale sarà l'orario rispettivo dei tre utenti nella ruota di quattordici giorni?

Giacchè la competenza del primo utente prima dell'introduzione delle otto once d'acqua deve uguagliarsi a quella dopo l'introduzione, dovrà essere $\frac{20 \times 6}{12} = \frac{28T}{14}$; quindi $T = \frac{20 \times 6 \times 14}{12 \times 28} = 5$. Dunque il primo utente, il quale non deve partecipare del benefizio della nuova introduzione, godrà le ventotto once d'acqua in ruota di diciotto giorni per cinque giorni.

Per avere l'orario del secondo, ritenuto che le otto once d'acqua introdotta spettano per metà al terzo utente, conviene uguagliare la prima competenza, unitamente alle once d'acqua di sua ragione, a quella che va ad assumere colle nuove modificazioni convenute; e facendo $\frac{4 \times 20}{12} \times 4 = \frac{28\,T}{14}$, ossia $\frac{32}{3} = v\,T$, quindi $T = 5.\,^1/_3$; e però a questo secondo utente spetteranno cinque giorni e $^1/_3$ di orario nella ruota di quindici giorni.

Nell'egual modo si avrà l'orario del terzo utente, facendo $\frac{2 \times 20}{12} + 4 = \frac{28\,T}{14}$; equazione da cui si ha $T = 3.\,^2/_3$, che sono i giorni d'orario competente a questo terzo utente.

Riunendo pertanto i rispettivi orarii, si trova che al primo utente spetta l'orario di giorni . . . . N.° 5. —
al secondo . . . . » 5. $^1/_3$
al terzo . . . . » 5. $^2/_3$
la cui somma di giorni . . . . N.° 14. —
forma appunto la nuova ruota dimandata.

Esempio IV.

Due utenti in parità di circostanze hanno un' eguale competenza. La quantità d' acqua del primo è di sei once coll'orario di quattro giorni in ruota di quel tempo che serve per orario del secondo, il quale gode una quantità d' acqua di dieci once ogni quindici giorni. Si domanda quale sarà la ruota del primo utente, ed in conseguenza l' orario del secondo.

Giacchè le competenze o le quantità d' acqua ridotte sono eguali, essendo $\frac{TN}{R} = \frac{tn}{r}$, fatto R e t ciascuno $= x$, sarà $\frac{TN}{x} = \frac{nx}{r}$, ed $x = \sqrt{TN. \frac{r}{n}}$; equazione in cui sostituiti i valori di $T = 4$, $N = 6$, $r = 15$, $n = 10$, si avrà $x = \sqrt{\left(\frac{24 \times 15}{10}\right)} = 6$. Dunque tanto la ruota del primo, quanto l' orario del secondo sarà di sei giorni.

Esempio V.

Un utente servesi di una roggia della portata di dodici once per cinque giorni e mezzo continui in ruota di quattordici giorni; si conviene di sostituirgli due estrazioni separate, le quali, senza alterare la primiera competenza, somministrino la prima una quantità d' acqua per quattro giorni continui in ruota di dodici giorni, e la seconda un' altra quantità eguale a quella della prima estrazione in ruota di quindici giorni per un orario di tanti giorni, quanto lo indica il numero delle once della suddetta quantità. Quale sarà questa quantità d' acqua e l' orario della seconda estrazione?

Siccome in questo caso la somma delle competenze dell' una e dell' altra estrazione si deve uguagliare alla competenza primiera, così sostituiti i valori alle lettere cognite della nostra formola, si avrà $\frac{4N}{12} + \frac{N^2}{15} = \frac{5\,^1/_2 \times 12}{14}$; dalla quale equazione si ha $N = \mp \sqrt{\left(\frac{25}{4} + \frac{495}{7}\right)} = {}^5/_2 =$

6, 273. Dunque tanto la prima che la seconda estrazione somministreranno 6,273 once d'acqua, e l'orario della seconda sarà di sei giorni, sei ore, trentatrè minuti.

Qualora poi il numero delle once N della prima estrazione, invece di avere un rapporto di eguaglianza coll'orario, avesse tutt'altro conosciuto rapporto di $m : n$, in tal caso l'equazione da sciogliersi sarebbe: $\frac{nN^2}{15} + \frac{N}{3} = \frac{12 \times 5\,^1/_2}{14}$.

CAPO II.

Del valore ed uso della competenza, e delle commutazioni di cui è suscettibile.

§ 1267. L'uso poi dell'accennata formola $Q = \frac{NT}{R}$, quando in essa facciasi entrare l'elemento del prezzo, può estendersi anche ai casi in cui il valore, sia della competenza, sia dell'acqua interpolata, può avervi luogo, come di frequente accade nelle contrattazioni delle acque regolate sugli orarii. Se dunque P esprimerà questo prezzo, è manifesto che moltiplicandosi l'un membro e l'altro della superiore equazione per P, essa sussisterà, ed avremo $PQ = PN. \frac{T}{R}$, in cui PQ esprimerà il valore della competenza, o dell'acqua perenne equivalente o ridotta, e $PN. \frac{T}{R}$ quello di tutto il corpo diminuito nella ragione dell'orario e della ruota, cioè di $\frac{T}{R}$; ossia rappresenterà il vero valore dell'acqua interpolata. Pertanto se si chiami U il suddetto valore, si avrà $PQ = U$, e quindi $U = PN. \frac{T}{R}$.

Esempio I.

Un proprietario affitta l'uso di una roggia di nove once d'acqua per quattro giorni continui in ruota di dodici giorni, al prezzo di L. 1200 all'oncia: quale sarà l'importo dell'affitto?

Fatta la sostituzione dei valori alla suddetta equazione, si avrà $U = \frac{9 \times 4 + 1200}{12} = 3600$, che sarà il domandato importo dell'affitto.

Esempio II.

Un utente ha speso lire 3000 per avere tre giorni successivi d'acqua, in ruota di dodici giorni, il cui prezzo all'oncia fu valutato L. 1200: quante once d'acqua ha avuto in affitto?

Dalla nostra formola $U = \frac{NTP}{R}$ si ha $N = \frac{UR}{TP}$; quindi fatte le debite sostituzioni, $N = \frac{3000 \times 12}{3 \times 1200} = 10$.

Esempio III.

Si pagano lire 3000 per l'affitto di una roggia di dieci once d'acqua, che scorre per quattro giorni continui nella ruota di quindici giorni: a quanto ascenderà il fitto di un'oncia d'acqua continua?

Dalla equazione $P = \frac{RU}{NT}$, desunta dalla suddetta formola, fatte le sostituzioni numeriche, si ottiene $P = 1125$.

Esempio IV.

Per l'uso di otto once d'acqua nell'orario di sei giorni pagasi la somma annuale di lire 4800, regolata sul prezzo di lire 1200 all'oncia: quale sarà la ruota corrispondente?

Dalla formola $U = \frac{NTP}{R}$ si ha $R = \frac{NTP}{U}$; a cui sostituiti i sopraccennati valori, si avrà $R = \frac{8 \times 6 \times 1200}{4800} = 12$. Quindi la ruota domandata sarà di dodici giorni.

Esempio V.

Consta che la competenza di A, per la quale egli paga annualmente il fitto di lire 6000, è $^3/_5$ di quella di B; gode A la sua quantità di acqua per quattro giorni continui in ruota di quattordici giorni, e la competenza di B è una quantità d'acqua eguale a quella di A che scorre continuamente per sei giorni in ruota di quattordici giorni, oltre due once di acqua perenne: quale sarà la quantità d'acqua di B e di A, ed il prezzo all'oncia di quest'ultimo?

Sostituite alle lettere cognite della formola $U = \frac{NTP}{R}$ i rispettivi valori, si ha $6000 = \frac{4NP}{12}$, e $PN = 18000$. Ora constando che la com-

petenza di A è a quella di B :: 3 : 5, sarà ancora $\frac{4N}{12} : \frac{6N}{14} + 2 =$ 3 : 5, o piuttosto 7 N : 9 N + 42 = 3 : 5, e quindi $N = \frac{126}{8} = 15\,{}^3/_4$; il qual valore, sostituito nella superiore equazione PN = 18000, darà $P.\,15\,{}^3/_4 = 18000$, e $P = \frac{18000}{15\,{}^3/_4} = 1142,857$: il corpo d'acqua sarà dunque di quindici once e ${}^3/_4$, ed il prezzo di ciascun'oncia lire 1142. 17. 2.

Se in questo problema si supponesse incognito anche il tempo di orario della competenza B, ma si conoscesse però il rapporto col numero delle once del corpo d'acqua, sì che fosse T : N = m : n; in tal caso non avrebbe che a sostituirsi nella competenza di B, espressa per $\frac{TN}{14} + 2$, il valore di $T = \frac{m}{n}N$, tolto dall'ultima analogia, convertendosi così l'antecedente rapporto delle competenze nella seguente proporzione $\frac{N}{3} : \frac{\frac{m}{n}N^2}{14} + 2 = 3 : 5$, ossia 14 N : $3\frac{m}{n}N^2 + 84 = 3 : 5$, da cui si ottiene l'equazione $N = \pm \sqrt{\left(\frac{1225}{81}\frac{n^2}{m^2} - \frac{252}{9}\cdot\frac{n}{m}\right)} + \frac{35}{9}\frac{n}{m}$.
Suppongasi ora che sia $m : n = 2 : 5$, e si avranno i due valori di N e i due di T. Ritenuto il segno positivo, sarà N =

$$\sqrt{\left(\frac{1225}{81} \times \frac{25}{4} - \frac{252}{9} \times \frac{5}{2}\right)} + \frac{35}{9} \times \frac{5}{2} = \frac{1}{18}(89,135 + 175) = 14,$$

674; e ritenuto il negativo, diverrà $N = \frac{1}{18}(175 - 89,135) = 4,77$: e così i corrispondenti valori di T saranno nel primo caso T = 5,869, e nel secondo T = 1,908. Ora siccome di sopra si è avuto PN = 18000, così si avranno anche di P i due valori, cioè $P = \frac{18000}{14,674} = 1226,66$, e $P = \frac{18000}{4,77} = 3773,585$.

§ 1268. Col mezzo della surriferita derivata formola ognuno vede facilmente come si possano in qualunque caso paragonare fra loro tanto i valori delle competenze, quanto gli altri elementi che le compongono.

CAPO III.

Del valore della competenza in ragione di tempo, o come dicesi ad ora, *e variazioni che e nderivano.*

§ 1269. È metodo poi tra noi comunemente adottato di contrattare l'uso delle acque in ragione di tempo, piuttosto che in ragione di quantità; cosicchè, invece di apprezzare l'oncia d'acqua, si dà un valore ad un'ora di tempo per l'uso di una data quantità d'acqua. Questi due modi di contrattare però ci devono condurre ad un medesimo risultato: ciò che facilmente s'intenderà, se si riflette che l'espressione di *contrattare ad ora* non è che una convenzione adottata per simili contratti, piuttosto che una stretta definizione del modo con cui si eseguiscono. Ora siccome, per quanto si è detto, il risultato di una trattativa ad ora non deve differire da quello che si esige all'oncia, così è chiaro che se il valore di un corpo d'acqua, risultante dal prodotto del prezzo dell'oncia nel numero delle once che lo compongono, si ripartisca sull'orario, avremo il valore del tempo che costituisce il detto orario; quindi è, che se questo tempo s'intenderà diviso in giorni ed in ore, il valore risultante sarà del giorno e dell'ora, e questo valore d'ora è appunto quello di cui ci serviamo nelle trattative dell'uso delle acque interpolate.

§ 1270. Ritenuto questo principio, si richiami l'equazione $U = \frac{NT}{R} . P$, che se tutta si divide pel tempo d'orario T ridotto in ore, si avrà $\frac{U}{24T} = \frac{NP}{24R}$; ma, per quanto si disse, il valore U diviso per l'orario espresso in ore è il valore dell'ora: questo dunque sarà espresso da $\frac{U}{24T}$; quindi chiamato V questo valore, si avrà $\frac{U}{24T} = V$, il quale sostituito nella superiore equazione, darà $V = \frac{NP}{24R}$.

Esempio I.

Se si domandasse quanto importa un'ora per l'uso d'una roggia della portata di tredici once che scorra in ruota di quattordici giorni, ritenuto che il prezzo dell'oncia fosse di lire 1200, fatto $N = 13$,

$R = 14$, $P = 1200$, sarà $V = \frac{13 \times 1200}{24 \times 14} = 46.\ ^{5}/_{7}$, cioè il valore dell'ora sarà di lire 46. $^{5}/_{7}$.

Esempio II.

Importa sapere quanto debba essere il prezzo dell'oncia di un corpo d'acqua di sei once, che scorra in ruota di quattordici giorni, di cui si paga all'ora lire 28.

Sostituiti i valori nella formola surriferita, si troverà $P = \frac{24RV}{N} = \frac{24 \times 14 \times 28}{6} = 1568$ lire.

Esempio III.

Si pagano all'ora lire 27 per l'uso di una roggia che scorre in ruota di quindici giorni, il cui valore all'oncia è di lire 960: di quante once sarà il corpo dell'acqua?

Fatto $V = 27$, $P = 960$, ed $R = 15$, sarà:

$$N = \frac{24\ VR}{P} = \frac{27 \times 15 \times 24}{960} = 10.\ ^{1}/_{8}.$$

Il corpo dell'acqua è adunque once 10. $^{1}/_{8}$.

Esempio IV.

Quale sarà la ruota che compete ad un utente, il quale per l'uso d'una roggia di dieci once d'acqua, valutata lire 1200 all'oncia, paga lire 30 all'ora?

Essendo $R = \frac{NP}{24V}$, si troverà la ruota di giorni 16. $^{2}/_{3}$.

Esempio V.

Un utente gode di un corpo d'acqua per quattro giorni continui in ruota di dodici giorni, della quale pagando egli lire 30 all'ora, trova che questo prezzo corrisponde a lire 864 annue all'oncia: quale ne sarà la vera competenza, ossia la quantità d'acqua perenne, e quale la quantità del corpo d'acqua?

Dalla equazione $V = \frac{P}{24} \times \frac{N}{R}$ si ha $\frac{N}{R} = \frac{24\ V}{P}$; sostituito questo valore nella prima e fondamentale formola $Q = \frac{N}{R}$ (§ 1265), si avrà $Q = \frac{24TV}{P}$; e sostituendo i dati valori, sarà $Q = \frac{24 \times 4 \times 30}{864} = 3\ ^{1}/_{3}$.

Questa competenza di tre once e $^1/_3$ di acqua continua, sostituita in luogo di Q nell' equazione $Q = \frac{TN}{R}$, darà $N = \frac{3\,^1/_3 \times 12}{4} = 10$; e quindi il corpo d' acqua della roggia sarà di dieci once.

Esempio VI.

A proprietario di una roggia, dopo essersi fissata la propria competenza di tutta l' acqua per quattro giorni in ruota di quattordici giorni, ne concesse otto once pei restanti dieci giorni a *B*, che ne pagò il capitale, e diede il rimanente a *C* mediante il pagamento di lire 21 all'ora. Si sa che i prezzi dell' acqua all' oncia tanto di *B*, quanto di *C*, sono i medesimi, e che *A* ricavò da questi due contratti il sei per cento del valore di tutta la roggia, in modo ch' egli gode la sua competenza gratuitamente; consta d' altronde che ciascun' oncia d' acqua importò ad *A* tante mila lire, quanto è il numero delle once componenti il corpo di acqua. Si domanda la portata totale della roggia, il suo valore, il capitale pagato da *B*, oppure il suo interesse in regola del sei per cento, e le vere competenze d' acqua dei tre utenti.

Chiamata x la portata d' acqua della roggia, sarà $1000\,x$ il valore capitale di un' oncia, e il suo interesse al sei per cento $60\,x$; ed intendendo che la quantità P delle formole esprima il prezzo annuale dell' oncia d' acqua, sarà $P = 60\,x$.

Non godendo *A* alcun' acqua per dieci giorni della ruota, e decorrendone otto once a favore di *B*, l' acqua defluente nel canale di *C* per lo stesso tempo sarà espressa da $x - 8$.

Assunta pertanto la terza formola $V = \frac{NP}{24R}$, e fatta $N = x\,8$, $P = 60\,x$, $R = 14$, si avrà $\frac{(x-8)\,60\,x}{24 \times 14} = V$; e questo sarà il prezzo dell' ora corrispondente alla competenza d' acqua di *C*. Ma si rifletta che questo prezzo non equivale già alle lire 21 all' ora che paga ad *A*; poichè è facile concepire, che godendo *A* per quattro giorni della ruota tutta l' acqua della roggia gratuitamente, il valore di questa deve essere ripartito proporzionatamente sopra le competenze di *B* e di *C*: quindi il capitale pagato da *B*, od il suo corrispondente interesse, ed il prezzo dell' ora che *C* contribuisce, stanno ciascuno al vero valore della rispettiva giusta competenza di *B*, ed al prezzo d' ora della competenza di *C*, come 14 a 10, ovvero come 7 a 5. Da questo raziocinio scaturisce naturalmente la seguente proporzione: lire $21 : V :: 7 : 5$, da cui si ha

$V = \frac{5 \times 21}{7} = 15$. L'equazione pertanto $\frac{(x-8)\,60x}{24 \times 14} = 15$ servirà a trovare il valore di x, cioè la portata totale della roggia.

Chiamate poi Q', Q'', Q''' le competenze diacqua rispettive dei tre utenti *A*, *B*, *C*, la prima formola $Q = \frac{NT}{R}$ fornirà le tre seguenti equazioni: $Q' = \frac{4\,x}{14}$, $Q'' - \frac{8 \times 10}{14}$, $Q''' = \frac{(x-8)\,10}{14}$; nella prima e terza delle quali sostituito il valore di x, si avranno le tre competenze ricercate, e se ne farà la prova verificando l'equazione $Q' + Q'' + Q''' = x$.

Finalmente se nella 2.ª formola $U = \frac{NTN}{R}$ si fa $N = 8$, $T = 10$, $P = 60x$, $R = 14$, si avrà l'equazione $U = \frac{8 \times 10 \times 60\,x}{14}$, in cui U rappresenta il vero valore annuo della competenza d'acqua di *B*. Ma siccome per la riflessione sovresposta questo vero valore deve corrispondere a cinque settimi dell'interesse sopra il capitale pagato da *B* in regola del sei per cento, così chiamando y questo interesse, si avrà la sua quantità sostituendo nell'equazione $\frac{5y}{7} = \frac{8 \times 10 \times 60\,x}{14}$ il valore trovato di x; e sarà verificata l'esattezza del calcolo, qualora si ottenga $y + 21 \times 10 \times 24 = 60\,x^2$, per essere $21 \times 10 \times 24$ eguale al pagamento annuo di *C*, e $60\,x^2$ il valore annuo di tutta l'acqua della roggia.

La prima equazione $\frac{(x-8)\,60\,x}{24 \times 14} = 15$, a cui si riporta tutta la soluzione del problema, fatto scomparire il denominatore del 1.° membro, e divisa per 60, diviene $x^2 - 8x = 84$; dalla quale si ricava $x = 4 \pm \sqrt{100} = 14$, servendosi del valore positivo, unico conveniente al caso.

Quindi $Q' = \frac{4 \times 14}{14} = 4$ once, competenza di *A*.

$Q'' = \frac{8 \times 10}{14} = \frac{40}{7} =$ once $5.\ ^5/_7$, competenza di *B*.

$Q''' = \frac{(14-8)\,10}{14} = \frac{30}{7} =$ once $4.\ ^2/_7$, competenza di *C*.

Prova . . . . $4 + 5\,^5/_7 + 4\,^2/_7 = 14$.

Parimente si avrà $\frac{5y}{7} = \frac{8 \times 10 \times 60 \times 14}{14} = 4800$, e

$$y = \frac{4800 \times 7}{5} = 6720.$$

Prova .... $6720 + 21 \times 10 \times 24 = 6720 + 5040 = 60 \times 14^2 = 11760$.

Dunque il capitale sborsato da *B* era di lire $6720 \times \frac{100}{6}$, ossia lire 112000; ed il capitale importo originario di tutta l'acqua al tempo che *A* ne fece l'acquisto, fu di lire 14000×14, ossia di lire $11760 \times \frac{100}{6}$, cioè di lire 196000. Il che si doveva ritrovare.

CAPO IV.

Delle varie modificazioni della formola generale, e delle formole miste che ne derivano, per servire alla soluzione di quei problemi che, mancanti di alcuni necessarii elementi, altri ne ammettono in loro sostituzione.

§ 1271. Abbiamo veduto come siansi dalla formola generale $Q = \frac{NT}{R}$ derivate le altre due $U = NP. \frac{T}{R}$ e $V = \frac{NP}{24R}$, e come ciascuna di queste sciolga facilmente le analoghe quistioni e del proprio genere, cioè quelle in cui gli elementi sono comuni alla rispettiva formola. Ma come può accadere che una quistione, mentre da una parte è mancante di alcuni dati perchè possa applicarsi ad una delle tre formole surriferite, involga invece altri elementi che ad un'altra di esse appartenessero; così, per facilitare la soluzione dei problemi misti, è d'uopo siano miste anche le espressioni che devono rappresentare i valori di Q, U, V.

§ 1272. A tale effetto giova osservare, come con una semplice sostituzione dei valori di un'equazione nell'altra si possano ottenere per ciascuna delle suddette lettere tre differenti espressioni, ed eguali tra loro; mentre è chiaro che la quantità Q, oltre di essere espressa per $\frac{NT}{R}$, può essere rappresentata anche in altre due maniere, contenendo l'una l'elemento del *prezzo*, e l'altra quello dell'*orario*; così pure il valore U, oltre di avere la propria espressione sovra esposta, può assumerne due altre, in una delle quali entri l'elemento dell'acqua perenne o ridotta, e nell'altra il valore del tempo ossia dell'ora: lo stesso dicasi del valore V.

1273. Infatti se nell'equazione $Q = \frac{NT}{R}$ si sostituisca prima il valore di $\frac{NT}{R}$, tolto dalla seconda formola $U = \frac{NT}{R}. P$, e quindi quello di $\frac{N}{R}$ dedotto dalla terza, si avrà $Q = \frac{U}{P}$, e $Q = \frac{24\,TV}{P}$. Così pure all'equa-

zione $U = \frac{NT}{R} . P$, sostituito il valore di $\frac{NT}{R}$ tolto dalla prima formola, e quello di $\frac{NP}{R}$ proveniente dalla terza, avremo $U = QP = 24TV$. Finalmente collo stesso ordine di sostituzione si avranno le espressioni eguali di V. Dunque le quantità Q, U, V potranno rappresentarsi ciascuna in tre modi diversi; cioè: $Q = \frac{NT}{R} = \frac{U}{P} = \frac{24\,TV}{P}$; $U = \frac{NT}{R}\,P = QP = 24\,TV$; $V = \frac{NP}{24R} = \frac{QP}{24T} = \frac{U}{24T}$.

§ 1274. Egli è quindi evidente che si potrà sempre conoscere la quantità d'acqua equivalente, ossia ridotta allo stato d'interpolazione, quando in mancanza della notizia del numero delle once d'acqua della roggia che devesi usare, dell'orario e della ruota, si abbiano i dati soltanto del valore del corpo dell'acqua usato interpolatamente, e del prezzo di ciascun'oncia, oppure siano conosciuti l'orario, il prezzo suddetto, ed il valore dell'ora e del tempo. E siccome quanto si disse rapporto alla quantità Q può applicarsi agevolmente ai valori U, V, ne viene in conseguenza, che per poco si sappia maneggiare la formola generale e le derivate, si potranno risolvere tutte le quistioni, in qualunque modo vengano proposte. Giova però avvertire, che delle nove equazioni sopra esposte la seconda e la quinta non contenendo alcun elemento dell'orario, sebbene non appartengano direttamente allo scopo che ci siamo proposti, in molti casi però ci possono servire di facilitazione nelle soluzioni di analoghi problemi.

CAPO V.

Distinzione delle competenze estive e iemali, e idea generale del loro relativo confronto.

§ 1275. Ora che abbiamo veduto il metodo generale che ci può servire di scorta nella soluzione delle varie quistioni e dei problemi relativi alla competenza delle acque regolate sugli orarii, è necessario far osservare ancora, che il diritto dell'uso di queste competenze può essere limitato soltanto così al tempo di estate, come al tempo d'inverno; d'onde nasce la distinzione comunemente conosciuta sotto il nome di *acqua estiva* e *iemale*. Il tempo estivo, secondochè fu adottato dalla consuetudine, è quello compreso tra il giorno 25 di Marzo e il giorno 8 di Settembre; il restante dell'anno è tempo iemale. Per brevità noi

chiameremo *competenza interrotta* quella che corrisponde o al solo tempo estivo od al solo iemale, e *competenza continua* quella di tutto l'anno.

§ 1276. Nella stagione d'inverno, in cui cessano i bisogni delle ordinarie irrigazioni, si ha in disprezzo quelle acque che in tempo estivo assumono valori anche straordinarii, onde dagli utenti si procura di fugarle, allontanandole come perniciose dai proprii fondi; ma si tiene però conto di quelle acque che necessitano all'esercizio delle macchine idrauliche, singolarmente dei mulini e piste di riso, dette *pile*, ed all'inaffiamento continuo dei prati così detti *a marcita;* il valore delle quali acque sebbene di molto inferiore a quello delle acque estive, è sempre da determinarsi in concorso delle particolari circostanze di luogo e bisogno.

§ 1277. L'utilità pertanto di tali acque dà luogo a contrattazioni e a commutazioni di competenze interrotte in continue, e viceversa; ma queste competenze o commutazioni possono sempre calcolarsi col mezzo delle formole sovra esposte, le quali non vanno a soffrire alterazione alcuna nei loro elementi, nè conseguentemente nei loro risultati; bastando solo di ritenere il principio, che se la quantità d'acqua interpolata, ossia la competenza, sarà interrotta (§ 1275), anche l'acqua continua che vi deve corrispondere dovrà considerarsi continuamente defluente sì, ma nel solo tempo estivo o iemale; e se questa competenza sarà continua, continua e perenne per tutto l'anno ne sarà la corrispondente quantità d'acqua: a differenza del fitto o di altra convenuta prestazione di una competenza qualunque, la quale sebbene interrotta, viene riconosciuta come una contrattazione annua, perchè effettivamente il corso delle irrigazioni si ripete una volta in ciascun anno.

§ 1278. Infatti la formola $Q = \frac{NT}{n}$ sarà sempre l'espressione della competenza, sia che questa si riferisca ad una parte costante di ciascun anno, sia che si estenda all'intiero anno. Importa però sapere se essa sia interrotta o continua, mentre è manifesto che se in ipotesi la succennata espressione rappresentasse una competenza interrotta, e si volesse riferirla ad una competenza continua (fatta astrazione dal valore delle acque estive e iemali), sarebbe necessario diminuirla nella proporzione del tempo estivo o iemale all'anno intero; dimodochè chiamando M questo tempo estivo o iemale, ed A l'anno, la succennata espressione dell'acqua interpolata si cambierebbe in $\frac{NT}{n} \cdot \frac{M}{A}$; ed in egual modo

una competenza continua espressa per $\frac{NT}{R}$, quando vogliasi riferire ad una competenza interrotta, si cambierà in $\frac{NT}{R} \cdot \frac{A}{M}$.

§ 1279. Che ciò sia vero, richiamata la superiore definizione della competenza al § 1261, si vede facilmente che la competenza interrotta deve riguardarsi, in paragone di una competenza continua, come una quantità d'acqua ancora interpolata; dimodochè ritenuto, come sopra, che M esprima il tempo estivo o iemale, ed A l'anno, è chiaro che se si moltiplicherà per M la quantità d'acqua ridotta $\frac{NT}{R}$, avremo l'acqua assoluta decorsa nel suddetto tempo M espressa per $\frac{NT}{R} \cdot M$. Ora se quest'assoluta quantità d'acqua si distribuisce sul tempo A, otterremo in $\frac{NT}{R} \cdot \frac{M}{A}$ l'espressione della competenza interrotta, ridotta continua. Parimente se la quantità d'acqua ridotta $\frac{NT}{R}$ decorresse tutto l'anno, troveremmo la quantità assoluta di essa nel prodotto $\frac{NT}{R} \cdot A$; la quale quantità se equabilmente si ripartisca sul tempo M, il quoto risultante $\frac{NT}{R} \cdot \frac{A}{M}$ sarà l'espressione della competenza continua trasmutata in interrotta. È dunque dimostrato che la competenza interrotta riferita alla continua viene espressa da $\frac{NT}{R} \cdot \frac{M}{A}$, e viceversa da $\frac{NT}{R} \cdot \frac{A}{M}$ la competenza continua rispetto alla interrotta, come si disse al paragrafo antecedente.

CAPO VI.

Applicazione delle formole ai casi pratici relativi ai confronti delle competenze estive e iemali, e delle loro commutazioni.

§ 1280. Ad oggetto di riportarci ai casi occorribili nella pratica, è d'uopo ricordarsi di quanto si è detto al § 1276 sulla minore o maggiore importanza o valutazione dell'acqua estiva in confronto della iemale; imperciocchè è evidente che la competenza estiva in riguardo alla iemale non deve generalmente riguardarsi che sotto l'unico rapporto di valore, per la ragione che, esclusa in ipotesi l'idea del valore, dove fossero eguali gli elementi che determinano le competenze interrotte estive e iemali, ne seguirebbe che uguali sarebbero ancora le me-

desime competenze; ciò ch'è assurdo e contrario alla ragione, la quale dimostra che, in parità di circostanze, la competenza estiva è generalmente molto più apprezzabile della competenza iemale.

§ 1281. Egli è però necessario per maggiore schiarimento dimostrare, che ove trattasi di *valori di competenze* gli elementi dei prezzi escludono quelli del tempo estivo o iemale, od annuo. Ripigliando diffatti l'espressione della competenza $\frac{NT}{R}$, è evidente che se questa si moltiplica per M, ed indi pel prezzo P dell'acqua estiva o iemale, ripartito sull'uno o sull'altro dei tempi M, avremo per espressione del corrispondente valore $\frac{NTM}{R}.\frac{P}{M}=\frac{NT}{R}.P$, ch'è il valore dell'acqua iemale od estiva, ed in cui scompare l'elemento del tempo M. Supposto poi egualmente che la competenza suddetta $\frac{NT}{R}$ fosse estensiva a tutto l'anno A, la competenza assoluta sarebbe $\frac{NT}{R}.A$, il cui prodotto nel prezzo corrispondente P', distribuito sull'anno A, ci fornirà il vero valore di una competenza continua espressa in $\frac{NTA}{R}.\frac{P'}{A}=\frac{NTP'}{R}$, nella quale parimente svanisce il tempo A.

Ritenuto pertanto che U sia il valore di una competenza interrotta $\frac{NTP}{R}$, ed U' quello di una competenza continua marcata per $\frac{ntP'}{r}$, si avrà $U:U'=\frac{NTP}{R}:\frac{tnP'}{r}$, nella quale supposto $\frac{NT}{R}=\frac{nt}{r}$, si avrà $U:U'=P:P'$; dalla quale analogia si ricava che i valori della quantità di acqua giornaliera pel solo tempo d'estate o d'inverno, e di quella che in ugual copia defluisce in ciascun giorno di tutto l'anno, sono tra loro come i rispettivi prezzi. Se poi nella suddetta analogia si supporranno eguali i valori, si troverà che i prezzi seguiranno la ragione reciproca delle competenze interrotte e continue; imperciocchè se è $U=U'$, sarà pure $\frac{NT}{R}.P=\frac{nt}{r}P'$, e quindi $P:P'=\frac{nt}{r}:\frac{NT}{R}$.

Esempio I.

Se un utente avesse una competenza iemale di sei once d'acqua, coll'orario di otto giorni in ruota di dodici giorni, quale sarebbe la competenza estiva che potrebbe sostituirvisi, ritenuto che il rapporto dei prezzi estivo e iemale sia :: 10 : 1?

Per condizione del problema non dovendo variare i valori delle due competenze, i prezzi saranno reciprocamente come le competenze stesse; e perciò chiamando x quella che si ricerca, si sostituirà la seguente proporzione: $10 : 1 = \frac{6 \times 8}{12} : x = {}^2/_5$. Dunque la domandata competenza corrisponderà a due quinti.

Esempio II.

Trattasi di commutare una competenza estiva di otto giorni coll'orario di quattro giorni in ruota di dodici giorni, in una competenza continua: quale sarà questa competenza?

Dato il prezzo dell'acqua estiva di lire 1200, e quello dell'acqua iemale di lire 50, chiamata x la competenza continua, il prezzo dell'acqua di tutto l'anno sarà di lire 1250; e però ritenuto il principio dell'eguaglianza supposta nei valori delle due competenze, si avrà $1250 : 1200 = \frac{8 \times 4}{12} : x = 2{,}56$.

§ 1282. Premessi questi principii, si vede come facilmente si possono commutare le competenze interrotte in competenze continue, e viceversa; ponendo in compenso della diversità dei prezzi la diminuzione o l'aumento del numero delle once d'acqua o dell'orario, e per lo contrario l'aumento o la minorazione della ruota.

Esempio I.

Un utente abbia l'uso estivo d'una roggia della portata di sei once d'acqua nell'orario di sette giorni, ed in ruota di dodici giorni, e voglia commutare questa sua competenza in un'altra eguale continua, colla quale però gli sia mantenuto nel tempo estivo lo stesso orario e la medesima ruota per l'irrigazione dei proprii fondi, e nell'inverno abbia continuamente l'acqua, onde mantenere alcuni prati detti *a marcita:* quale sarà la quantità d'acqua che si dovrà assegnare a questo utente?

Chiamando x il numero delle once da sostituirsi nella primiera competenza, e ritenuto che il rapporto del prezzo P dell'acqua estiva, desunto dalle circostanze locali e di necessità (§ 1276), sia al prezzo P' dell'acqua iemale $= m : n$, per condizione del problema dovrà essere $\frac{NTP}{R} = \frac{xTP}{R} + P'x$: dalla quale equazione si ricava $x = \frac{NTP}{TP + RP'}$; e fatte le opportune sostituzioni, si avrà $x = \frac{6 \times 7m}{7m + 12n} = \frac{42m}{7m + 12n}$; e

supposto che $m : n = 12 : 1$, si otterrà $x = {}^{42}/_{8} = 5\ {}^{1}/_{4}$. Dunque perchè il suddetto utente in questa commutazione non sia pregiudicato nella sua primiera competenza, dovrà avere once $5.\ {}^{1}/_{4}$ assai prossimamente d'acqua in tempo di estate negl'indicati orarii e ruota, ed altrettanto d'acqua continua nel tempo d'inverno.

Corollario I.

Se invece il medesimo utente si fosse proposto di ritenere per l'estate le stesse sei once d'acqua interpolata nella suaccennata ruota di dodici giorni, e di averle continue nel tempo d'inverno, sì che il compenso dovesse eseguirsi colla limitazione dell'orario; in questo caso chiamato y l'orario, e ritenute le suddette denominazioni e valori, si avrà

$\mathrm{NTP} = \mathrm{NP}y + \frac{n}{m} \times \mathrm{PNR}$: dalla quale equazione si ha

$$y = \frac{\mathrm{NTP} - \frac{n}{m}\,\mathrm{PNR}}{\mathrm{NP}} = \frac{m\mathrm{T} - n\mathrm{R}}{m};$$

e fatta la sostituzione dei valori numerici, diverrà

$$y = \frac{12 \times 7 - 12}{12} = 6.$$

Onde si conchiude, che in tempo estivo dovrebbero assegnarsi sei giorni di uso delle sei once di acqua nella suaccennata ruota, perchè continuamente possa godere lo stesso corpo d'acqua in tempo d'inverno.

Corollario II.

Qualora si volessero ritenere invariabili le quantità d'acqua di sei once, e l'orario di sette giorni, e il compenso per la continuazione della stessa acqua nel tempo iemale cadesse sulla ruota, fatto $\mathrm{R} = z$, si troverà la suddetta equazione cambiata in $\frac{\mathrm{NTP}}{\mathrm{R}} = \frac{\mathrm{NTP}}{z} + \frac{n}{m}.\ \mathrm{PN}$, la quale divisa per PN, e fatta l'opportuna riduzione, darà

$$z = m \times \frac{\mathrm{RT}}{m\mathrm{T} - n\mathrm{R}} = 12 \times \frac{84}{84 - 12} = 14.$$

Dunque la ruota da assegnarsi nel tempo estivo in compenso dell'acqua iemale dovrebbe essere di quattordici giorni.

Corollario III.

Se finalmente si dovesse commutare l'estiva competenza suddetta, espressa per $\frac{6 \times 7}{12}$, in competenza continua, in modo però che nel tempo iemale vi fosse un nuovo orario t ed un'altra ruota r; in allora, chiamato x il numero N della nostra formola, che deve rappresentare la domandata quantità dell'acqua, ed $m : n$ il rapporto dei prezzi P e P' come sopra, l'equazione sarà $\frac{\mathrm{NTP}}{\mathrm{R}} = \frac{x\mathrm{TP}}{\mathrm{R}} + \frac{xt\mathrm{P}'}{r}$, ed

$$x = \frac{\mathrm{NTP}r}{\mathrm{TP}r + t\mathrm{PR}'} = mr\frac{\mathrm{NT}}{mr\mathrm{T} + nt\mathrm{R}};$$

nella quale supposto, come precedentemente, che $m : n = 12 : 1$, e che la nuova ruota sia $r = 8$, ed il tempo $t = 4$, si troverà $x = 5.\ ^3/_5$.

Corollario IV.

Supposto poi che i prezzi fossero eguali, cioè che fosse $m = n$, e che anche nel tempo iemale si volesse proseguire il godimento dell'acqua nell'orario e nella ruota come in estate, si troverà $x = \frac{\mathrm{N}}{2} = 3$ (1).

Esempio II.

Trattasi di commutare una competenza continua in una interrotta estiva. La competenza continua sia di once 4. $^1/_2$, da usarsi per sei giorni in ruota di dieci giorni: quale sarà la quantità d'acqua che si dovrà assegnare, perchè la competenza estiva abbia ad avere un orario di quattro giorni in ruota di dodici giorni?

Per quanto si disse al § 1281, l'espressione $\frac{\mathrm{NTP}}{\mathrm{R}}$ corrisponde al valore della competenza continua, la quale dovendo uguagliarsi in valore alla competenza interrotta estiva espressa giusta la prima derivata formola, § 1269, chiamato x il numero delle once d'acqua, t il tempo

---

(1) La supposta eguaglianza dei prezzi in questo caso non c'induce già a ritenere che la quantità d'acqua ridotta defluente in tempo eguale tanto nell'estate che nell'inverno abbia egual valore; ma bensì che tutta la quantità d'acqua estiva abbia lo stesso valore di tutta la quantità iemale: onde essendo il tempo estivo maggiore dell'iemale, si conchiude necessariamente nell'ipotesi, che l'acqua estiva in egual tempo vale meno della iemale.

d'orario, r la ruota, e P' il prezzo dell'acqua estiva, sarà $\frac{xtP'}{r}=\frac{NTP}{R}$, e quindi $x=\frac{NTPr}{tRP'}$; nella quale fatta la sostituzione dei valori numerici, si avrà $x=\frac{4\,{}^{1}/_{2}\times 6\times 12}{4\times 10}\times\frac{P}{P'}$. Ora conoscendosi il prezzo dell'acqua estiva P' = 900, ed il prezzo dell'acqua iemale di lire 80, il prezzo P dell'acqua interpolata di tutto l'anno sarà di lire 980, e quindi $x=\frac{81}{10}\times\frac{980}{900}=8{,}82$.

Dunque perchè la competenza suddetta nella commutazione da continua in interrotta estiva non venga a soffrire alcuna alterazione, dovranno assegnarsi once 8,82 d'acqua interpolata.

Si potrà poi egualmente ottenere la stessa commutazione di competenza, se invece di determinare, come si è fatto, la maggiore quantità d'acqua interpolata, si calcolerà o il maggiore orario, od il tempo minore della ruota.

§ 1283. Col mezzo pertanto dei sovra esposti esempii crediamo di avere bastantemente dimostrata la semplicità e l'esattezza del metodo che ci somministrano la formola fondamentale e le due derivate, per assicurarci dell'utilità della loro applicazione ai differenti casi di consimile genere, che nell'uso pratico delle acque interpolate la natura delle contrattazioni e dei diversi bisogni variamente combina.

Osservazione.

§ 1284. Fra i contratti moltiplici, dei quali sono suscettibili le acque, havvi quello dei cambii, sia totali, sia parziali, sia permanenti, sia temporarii. Ciò posto, volendo in pratica ottenere la perfetta giustizia, è necessario conoscere in quale maniera si devono computare gli elementi della diversa quantità, che o in tutto o in parte, o temporariamente o perpetuamente viene cambiata.

§ 1285. Qui, come ognun vede, non si tratta della permutazione degli orarii contemplata nei Capi III. e IV. del Libro V. della Parte antecedente, ma si tratta piuttosto del *cambio* sostanziale in via di scambievole *alienazione* ed *acquisizione*. Nella permutazione degli orarii sopra contemplata si tratta solamente di *sostituire* la persona nel momentaneo godimento di *tutta* la competenza, salva nel resto ad ognuno la ragione di percepire nei dati giorni e nella data quantità l'acqua assegnata.

Per lo contrario nei cambii vicendevoli, dei quali qui intendiamo ragionare, si tratta propriamente della scambievole cessione di tutto o

parte del *diritto* stesso di proprietà o di uso, sia in perpetuo, sia temporariamente, a fronte del corrispettivo di altra acqua.

§ 1286. E siccome l'oggetto finale di questa specie di contratto è la *egualianza*, ovvero il pareggiamento, sia della quantità ricambiata, sia dei valori; così è indispensabile computare tanto gli *elementi* pei quali viene *quidditata* e scambievolmente dedotta la rispettiva misura del godimento, quanto il rispettivo compenso dei valori della competenza di ognuno.

Ognuno sente di leggieri quest'opera non essere di semplice senso comune, ma richiedersi la cognizione, sia di tutti gli elementi componenti la competenza, sia dell'arte del calcolo, per vedere i risultati della rispettiva combinazione.

§ 1287. Sarebbe desiderabile che ogni contraente potesse aver famigliare l'arte di quidditare queste quantità scambiate, come si suol fare nello scambiare le derrate. Ma per mala sorte questa facilità manca, e mancò fino quasi a'giorni nostri anche agli stessi periti. Allorchè diffatti si fosse trattato di cambii complicati, questi periti si trovavano nell'alternativa o di assegnare arbitrariamente le rispettive competenze, o di ricorrere all'uso di proporzioni numeriche, di regole di falsa *posizione*, ripetute più volte, e di altre simili maniere, le quali con ciò stesso mostrano il processo *casuale* e puramente empirico, oltre di essere lunghe, faticose, e poche volte soddisfacenti.

§ 1288. A questo difetto fu rimediato col metodo per la soluzione delle quistioni relative all'uso delle acque specialmente nelle irrigazioni dei fondi regolate sugli orarii. Di tal metodo siamo debitori al sig. Ingegnere Giuseppe Merli di Milano. Egli ha reso un vero servigio, particolarmente all'Italia superiore, nella quale la dispensa delle acque regolate sugli orarii forma un oggetto interessantissimo. Egli aveva già reso di pubblica ragione questo suo metodo fino dal 1804, annettendolo al libro del Regi intitolato: *Uso della tavola parabolica per le bocche d'irrigazione.* Noi qui lo abbiamo riprodotto collo stesso titolo, ed ora ne abbiamo accennata la necessità. Questa necessità è appunto quella che mosse il detto sig. Ingegnere alla pubblicazione, e che c'indusse a riprodurlo come stava nella detta Opera.

§ 1289. La soluzione delle quistioni nei cambii rispettivi contemplati spesso riesce complicata, astrusa ed involuta di modo, che parecchi casi non si possono sciogliere che con equazioni di secondo grado, nelle quali molti elementi concorrono per fissare l'oggetto ricercato.

Adunque questo metodo, che riguarda piuttosto le *acquisizioni*, che

l'uso immediato e materiale delle acque irrigatorie, si deve riguardare come complemento della ragione direttiva dell'acquedotto, segnatamente in quella parte di contrattazione nella quale si tratta del ricambio vicendevole delle acque medesime.

§ 1290. Qui giovami osservare, che questo metodo essendo indipendente da ogni idraulica teoria, esso si piega e si adatta a qualunque mezzo col quale si può verificare una data quantità di acqua, attesochè non si ha per oggetto che di scoprire le uguaglianze ed i compensi, date le determinate masse ed il determinato tempo del godimento, e gl'intervalli, se occorrono, fra questo godimento. Con un po' di applicazione i tre elementi del numero delle once d'acqua, della ruota e dell'orario vengono maneggiati agevolmente, e richiamati tutti ad una formola semplicissima.

DOTTRINA TEORICA
SULLA
CONDOTTA DELLE ACQUE

PARTE III.

DELLA RAGIONE TUTELARE IN MATERIA DI CONDOTTA DELLE ACQUE

INTRODUZIONE

I.

Distinzione dei mezzi stabiliti dalle leggi onde effettuare la ragione tutelare dell' acquedotto.

§ 1291. Allorchè nel principio di quest' Opera ne abbiamo succintamente annoverati gli oggetti e segnata la partizione, abbiamo in generale spiegato l' oggetto e i confini della ragione tutelare dell' acquedotto, di cui dobbiam ragionare. Ivi abbiamo distinto la tutela *pacifica* dalla *contenziosa*. Colla prima abbiamo inteso comprendere tutti i mezzi di *conservazione propria* del diritto già stabilito ed attivato; colla seconda abbiamo inteso comprendere la *difesa* contro gli attentati e l'opposizione degli altri uomini.

Ma siccome tutto questo si deve eseguire in una civile società, così occorrono due cose ad un solo tratto. La prima è il divieto di usare del *jus privatae violentiae*, come l' appellò il Vico, proprio soltanto ad uno stato non civile. La seconda è la protezione promessa dalla legge, e quindi dalla forza pubblica, irresistibile contro ogni ingiusta opposizione od attentato degli altri uomini.

§ 1292. E qui si deve considerare lo stabilimento tanto delle azioni ed eccezioni, quanto degl' interdetti intimati dalla pubblica autorità, ed avvalorati dalla forza pubblica costringente. Prima che sia stabilita veruna legge, resa obbligatoria da un Governo politicamente forte, ognuno può figurare l' opposizione ingiusta e l' attentato in via puramente possibile, e come mali da prevenire; ma allorchè si figura la legge già promulgata, ricorre tosto al pensiero la considerazione, che il potere della legge non esercita solamente una tutela contenziosa *esecutiva*, ma eziandio una tutela contenziosa *preveniente*.

§ 1293. L' opinione della sanzione delle leggi, accompagnata dalla certezza della di lei esecuzione, serve anticipatamente a contenere ed a dirigere gli atti dei privati, sia per intraprendere, sia per desistere da certi tentativi. Non basta dunque la sola posizione della legge, ma si esige eziandio la considerazione, che i tribunali appoggino validamente la tutela delle private ragioni. In que' tempi nei quali la potenza di alcuni privati era soverchiamente prevalente, l' opinione della tutela giudiziaria rimaneva affievolita. Nei nostri archivii si possono tuttavia raccogliere molti e molti atti, pei quali i beni di un tal particolare o di una tale famiglia venivano posti sotto la *salvaguardia* speciale del Governo. In tali tempi non deve recar meraviglia che tanti attentati, tante vie di fatto, tante risse, accompagnate molte volte da uccisioni, accadessero in punto di possessi e di usi delle acque; poichè si sperava di potere coll' influenza e colla potenza coprire e rendere impuni gli eccessi della privata autorità.

§ 1294. Prima di assegnare le regole positive della ragione tutelare dell' acquedotto è necessario riconoscere gli *oggetti*, lo *spirito* e l'*effetto* della medesima. Dalla loro combinazione, dalla loro simultanea azione risulta la pubblica tutela così, ch' è impossibile ch' essa riesca compiuta e solida senza il concorso di queste circostanze.

A fine di dare un qualche ordine alle nostre ricerche, crediamo che nella ragione tutelare si possano precipuamente considerare i quattro seguenti oggetti; cioè: 1.° *divieto delle vie di fatto;* 2.° *sanzione delle prove;* 3.° *cauzioni dei giudizii;* 4.° *discipline della forza esecutiva.*

II.

Estensione ed influenza della ragione tutelare.

§ 1295. Esaminando questi quattro oggetti, qual'è la vera *indole* loro? Essi non sono altro che *mezzi* diretti ad ottenere uno stesso fine. Questo fine è la sociale *sicurezza* nell'esercizio scambievole dei privati diritti risguardanti la condotta delle acque. La sicurezza, della quale qui parliamo, riguarda tanto le azioni, quanto le obbligazioni verso qualunque persona; come pure il diritto di non essere turbati nei nostri possessi per qualunque fatto, sia criminoso, sia anche di semplice eccesso di potere.

§ 1296. La ragione tutelare tende appunto ad ottenere tale sicurezza. Dunque la *teoria* di questa ragione non è altro che l'*applicazione* dei principii di questa civile sicurezza. Essa come protegge l'acquisizione, l'effezione, la conservazione e l'uso della condotta delle acque, guarentisce pur anche l'esercizio contenzioso di tutte queste parti. Pertanto nel senso più universale la ragione tutelare *abbraccia* il principio, il mezzo ed il fine di tutta la dottrina legale risguardante le acque.

Diffatti il cittadino acquista, effettua, conserva ed usa delle acque sotto la protezione guarentita dalle leggi; talchè qualunque controversia, la quale cader possa sull'acquisto, sulla effezione, sulla conservazione e sull'uso, deve in contraddittorio essere decisa dall'autorità dei tribunali, e secondo il disposto dalle leggi e dai regolamenti.

§ 1297. Questa considerazione fa sì, che *anticipatamente* il cittadino sviluppa ed esercita il naturale suo dominio, e ricambia con altri le utilità; dimodochè la *fiducia* della tutela forma realmente l'ultimo *mobile*, ossia l'incoraggiamento di tutte le transazioni sociali e commerciali in materia di acque.

Diffatti senza di questa ragione il cittadino non avrebbe altro che una ragione *speculativa*, o almeno non avrebbe che un esercizio precario di fatto de' suoi diritti, perchè ad ogni momento potrebbe essere turbato dal suo vicino. La ragione tutelare adunque serve ai privati, come il terreno serve alla specie umana per sostenerla e ricovrarla.

Non conviene dimenticare questo aspetto generale della ragione tutelare; ma nello stesso tempo fa d'uopo osservare che nelle nostre dottrine siamo costretti a riguardare tale ragione in un soggetto del tutto particolare e sommamente ristretto.

§ 1298. Fedeli al metodo praticato fin qui, noi tratteremo il nostro argomento secondo le tre legislazioni già proposte, avendo cura di segnarne le rispettive varietà. Non dimentichiamo per altro, che i quattro oggetti sopra ricordati del *divieto delle vie di fatto*, della *sanzione delle prove*, delle *cauzioni dei giudizii*, e delle *discipline della forza esecutiva*, sono perpetuamente connessi e molte volte inseparabili fra loro; talchè quando si parlerà di uno, si dovrà naturalmente sottintendere l'influenza degli altri tre. Per la qual cosa sarebbe falsa l'opinione, che pur troppo s'insinua presso il volgo dei legali, colla quale vedendosi trattare dei giudizii dopo la dottrina dei diritti e delle obbligazioni, si sogliono risguardare questi giudizii come oggetti non solamente distinti, ma separati dall'essenziale influenza ed unità della teoria tutelare, che anima e sostiene tutto il Diritto civile. Altro è *distinguere*, per comodo della mente nostra limitata, un oggetto logico da un altro, ed altro è *distinguere* l'azione, l'influenza ed i rapporti attivi e scambievoli di questi oggetti. Se i concetti logici sono diversi, se non li possiamo cogliere fuorchè successivamente, non dobbiamo mai dimenticare che la loro azione è unica, e la loro influenza è simultanea.

§ 1299. Senza questa perpetua considerazione viene disciolta la scienza, ed annientata l'arte di applicare i dettami di ragione alle pratiche contingenze. Guai poi a coloro che, pigliando a brani le disposizioni minute e staccate delle leggi, non tengono conto veruno della loro secreta connessione, e di que' principii eminenti dai quali risulta quella unità sistematica di azione, che sola le rende utili e commendevoli. Costoro, incapaci di rendere omaggio alla sapienza del legislatore, riescono anche inetti a farne valere le provvidenze. V'ha ancora di peggio: privi del lume direttivo della buona legislazione, essi peccano o per eccesso o per difetto, e quindi cadono in un malinteso rigore, o in un biasimevole rilasciamento, sempre contrarii al giusto mezzo dettato dalla sapienza e dalla moderazione.

§ 1300. Sia pur vero che l'ufficio del giureconsulto e del magistrato debba essere sempre *subordinato* ai dettami della legge positiva; ma altro è l'essere subordinato, ed altro l'essere inceppato. L'inceppamento è così abborrito anche dalla nostra attuale legislazione, ch'essa ha prescritto di dover ricorrere fino alla ragione stessa naturale in mancanza di dettami positivi. E qui invito il mio lettore a richiamare quanto fu esposto nel Capo I. del Libro II. Parte II. Io non mi stancherò mai dal ripetere e dal richiamare alla mente i precetti che nascono dalle considerazioni ivi esposte. Se l'amore della scienza, se lo zelo di una retta giustizia, se l'onore di una illuminata difesa e di una riputata magistratura non valgono; pare certamente che dovrebbe valere almeno lo stimolo dato direttamente dalla legge non solamente pei canoni d'interpretazione e di direzione da lei prescritti, ma eziandio dall'UNITÀ di Codici regolari e proprii, dei quali mancarono i nostri antenati. Diffatti questa unità sforza così lo spirito di combinazione e di deduzione dello studioso, che finalmente deve avvedersi che fuori della buona filosofia non vi è nè lume, nè appoggio, nè sicurezza, nè onore, per chi si consacra allo studio della giurisprudenza. Sia pur pieno l'ossequio alle leggi, e sia completa la cognizione dei voleri di lei; ma quest'ossequio sia ragionevole, questa cognizione sia illuminata dai principii.

Esaminiamo ora singolarmente ognuno dei ricordati quattro oggetti. Essi, come ognun vede, riguardano i quattro argomenti *cardinali* di tutto l'ordine giudiziario civile.

LIBRO I.

DEL DIVIETO DELLE VIE DI FATTO RAPPORTO ALLA CONDOTTA DELLE ACQUE

SEZIONE I.

Natura e limiti di questo divieto.

CAPO I.

Prima idea generale delle vie di fatto ***ricevuta in giurisprudenza.***

§ 1301. **La** prima idea che si presenta colla denominazione di *vie di fatto*, è quella di un atto esterno *esercitato colla forza*, sia rispettivamente all'acquisto, sia rispettivamente alle altre funzioni dell'acquedotto. L' *esercizio* della forza interviene tanto negli atti *regolati*, quanto negli atti *sregolati*. Dunque fino a che limitiamo le nostre considerazioni al *puro fatto* di questo esercizio, non incontriamo nulla che lo renda piuttosto lecito, che illecito.

§ 1302. Ma dall' altra parte ognun sa che la denominazione di *vie di fatto* sveglia un' idea di *riprovazione*, la quale richiama necessariamente l' idea d' una *legge* riprovante. Dunque la denominazione di *vie di fatto* in ultima analisi risulta dalla *opposizione* dell' esercizio di questa forza alle regole stabilite da un legislatore. Ciò comincia a svegliare l' idea di *delitto*.

§ 1303. Ma se il delitto si può commettere tanto col *fare*, quanto col *non fare*, nondimeno la *via di fatto* viene ristretta al *solo fare*. In questo *fare* si può peccare in due maniere: la prima quanto alla *forma*; la seconda quanto alla *forma* ed al *titolo* ad un solo tratto. Per la qual cosa gli atti positivi possono essere *muniti* o *sprovveduti* di titoli. Dunque le *vie di fatto* possono essere *con titolo* o *senza titolo*. Nel primo caso nella loro CAUSA (cioè prescindendo dal *modo*) sono giuste; nel secondo sono ingiuste. Nel primo caso rappresentano una *giusta* acquisizione, difesa o rivendicazione di possesso; nel secondo rappresentano o l' usurpazione o la turbazione del dominio altrui.

§ 1304. Ho detto che tutto ciò si verifica IN CAUSA, ma non ho detto che si verifichi quanto al MODO. Questa distinzione riesce importante, anzi capitale, nella presente materia. Diffatti postochè nella civile società viene interdetto il *jus privatae violentiae*, ossia il diritto di *farsi giustizia di propria mano*, non basta aver ragione di conseguire o di rivendicare un dato bene, ma si esige eziandio che ciò venga fatto, allorchè si tratta di possessi riconosciuti, mediante il soccorso della pubblica autorità. Qui dunque il *titolo* di diritto può bensì giustificare una data pretesa; ma non basta sempre ad autorizzare l'immediato esercizio del medesimo, praticato colla sola *privata* autorità. Dunque se taluno volesse in certi casi farsi giustizia di propria mano, peccherebbe nel *modo* di esercitare il proprio diritto. Egli anzi commetterebbe un formale delitto tutte le volte ch'esercitasse la sua privata autorità in que' casi nei quali l'esercizio della medesima gli fu *interdetto* dalle leggi stabilite.

§ 1305. Ma questa specie di delitto non è tale in senso *assoluto* e *naturale*, ma solamente in senso *rispettivo* e tutto *politico*. Primo, in senso *rispettivo*, perchè l'esercizio della forza privata non viene dalle leggi *assolutamente* interdetto, ma ristretto soltanto *a certi casi*. Secondo, in senso tutto *politico*, perocchè il motivo del divieto di farsi in certi casi giustizia di propria mano deriva soltanto dallo scopo di mantenere la pace civile, benchè si supponga che un dato pretendente possa aver ragione d'esigere o d'interdire qualche cosa ad altri.

1306. Lungo il campo di Pietro costeggia l'acquedotto di Paolo. Pietro rompe di soppiatto il fianco dell'acquedotto, e ne sottrae acqua. Direte voi mai che quest'atto meriti il semplice nome di *via di fatto?* No certamente. Voi all'opposto lo qualifichereste come *furto* d'acqua, come *danno* dato per ingiuria, come spoglio criminoso, come usurpazione, ec. Supponiamo per lo contrario che Paolo, debitore di una data quantità d'acqua, avesse chiusa di propria autorità una bocca che Pietro teneva, nell'atto che Pietro avesse taciuto per tutto il tempo necessario ad acquistare un sommario manutenibile possesso; oppure supponiamo che dopo il contratto Paolo non volesse più dar l'acqua. Se Pietro di *propria* autorità o togliesse l'ostacolo frapposto da Paolo, o senza suo consenso pigliasse l'acqua pattuita, in tal caso si verificherebbe appunto che Pietro ha commesso una *via di fatto*, quale viene intesa dalla comune giurisprudenza.

§ 1307. Da ciò si cominciano a distinguere i caratteri differenziali fra le *vie di fatto criminali*, e le *vie di fatto civili*. È vero che le une e le altre sono punite; ma egli è vero del pari che fra le une e le altre

havvi l'importante differenza del *principio di diritto*, il quale manca assolutamente alle prime, ed interviene nelle seconde. Nel linguaggio comune però è da notarsi che alle prime non si suole mai attribuire il nome di *vie di fatto*, ma di *puro delitto*. Qui ci siamo serviti di questa denominazione in via puramente filosofica, ed a fine di agevolare il confronto delle idee.

§ 1308. Nelle *vie di fatto* si può *variare* quanto al *modo* di esercitarle, e da queste variazioni nascono le diverse *qualificazioni* di questi *eccessi di potere*. Talvolta vengono esercitati sulle *sole cose materiali*, talvolta poi accade che vengano estesi alle *persone*. Allora avviene anche la *violenza*, la quale nel comune concetto legale si applica precipuamente ad atti esercitati contro le persone. Subalternamente alla violenza insorgono le qualificazioni di *violenza armata* o *non armata*, le quali aggravano più o meno questi eccessi di potere. Qui poi si può passare alle *percosse*, e perfino agli *omicidii;* e con ciò si passa nella sfera di alto *criminale*. Quanto alla forza armata, occorrono le indagini di fatto per intendere quando sia accaduta, e quando no. Un esempio lo abbiamo nelle cose da noi esposte nella Parte antecedente, Libro II. Capo VI., allorchè parlammo dei requisiti del possesso non violento.

§ 1309. In tutte queste ricerche è necessario tener presente il criterio fondamentale, pel quale si distinguono gl'interdetti di ragione civile in materia di possesso e di uso delle acque, dagl' interdetti di ragione puramente criminale. Diffatti senza questa distinzione le *vie di fatto* si confonderebbero coi formali delitti contro la pubblica tranquillità e contro la comune sicurezza. In vero quale differenza si potrebbe assegnare tra il furto con rapina fatto sopra una pubblica via ad un passaggero, e l'invasione a mano armata ed espulsione dal proprio fondo o dalla propria casa di un padrone? La differenza non riguarderebbe che il bene *materiale*. Ma l'essere un dato bene mobile o stabile induce forse differenza nella *qualità morale* dell'atto praticato?

CAPO II.

Schiarimento ed esempio confermato da decisione.

§ 1310. A fine di chiarire vieppiù queste idee fondamentali, e di avvicinarle almeno ad una delle legislazioni da noi esaminate, siami permesso ricorrere ad un caso avvenuto appunto in materia di acque. Io lo traggo dalle celebri Quistioni di diritto del sig. Merlin.

« Giovanni Gaudner nel 1791 aveva acquistato un edificio ad acqua » per segare legnami, il quale dipendeva dall'abolita Abbazia di Pairis. » Contiguo a questo edificio, una volta pure di ragione della detta Ab- » bazia, esisteva un fondo cinto, il quale verso lo stesso tempo fu acqui- » stato dal cittadino Müller. »

« Sembra che da tempo immemorabile le acque che servivano per » far andare la sega fossero tratte principalmente da un rivo derivante » dal *Lago nero*. Da questo stesso rivo pare eziandio che la detta Ab- » bazia traesse le acque ch'erano necessarie ai luoghi chiusi dentro lo » stesso recinto. »

« Nel 1792 insorsero quistioni intorno queste acque fra i detti » Gaudner acquirente della sega, e Müller acquirente del luogo cinto. » Quindi in forza di sentenza del 31 Luglio 1792, pronunciata dalla Giu- » stizia di pace del Cantone sull'azione possessoria intentata dal Mül- » ler, fu giudicato che questi non potesse pretendere ad una porzione » d'acqua eccedente i bisogni della propria casa, e che dall'altra par- » te il Gaudner poteva disporre del rimanente per l'andamento della » sua sega. »

« Contro questa sentenza non fu reclamato nè dall'una, nè dal- » l'altra parte. Per la qual cosa si deve ritenere come irrevocabilmen- » te giudicato che il Müller aveva diritto all'uso delle acque derivanti » dal *Lago nero* fino alla concorrenza dei bisogni della sua casa, e » niente più. »

« Nel giorno 25 nevoso dell'anno 8. il Guardaboschi del Comune » riferì al Tribunale di Polizia del Cantone di Poutraye come in quello » stesso giorno il Gaudner aveva deviate le acque che precedentemente » scorrevano nell'Abbazia di Pairis, ed aveva posto a secco il canale, » per condurle mediante un altro canale alla propria sega. In conse- » guenza di ciò sotto il giorno 18 piovoso seguente il Müller fece citare » il Gaudner avanti il Tribunale di Polizia, concludendo che gli fosse » dato atto della dichiarazione ch'egli faceva, colla quale qualificava le » cose praticate dal Gaudner come turbazione del possesso e del godi- » mento nel quale egli era dopo un anno e un giorno delle acque del » rivo derivanti dal *Lago nero*, e che in conseguenza il Gaudner fosse » condannato a venticinque franchi, a titolo di danni ed interessi, oltre » le spese. »

« Sopra questa citazione tanto le parti quanto il Commissario di » Governo comparvero all'udienza del 28 piovoso. Ivi il Gaudner, do- » po aver esposte le sue difese ed eccezioni, nelle quali riconosceva il

» diritto ed il possesso del Müller, concluse facendo istanza che la causa » fosse rimessa avanti a giudici competenti. »

Ommettiamo un incidente di puro ordine, e passiamo al giudizio di merito. Il Tribunale condannò il Gaudner a 25 franchi di danni e interessi, colle spese. Sulle conclusioni poi del Commissario di Governo fu condannato a tre giorni d'imprigionamento. Contro questo giudizio il Gaudner ricorse in Cassazione.

Noi qui non riferiremo l'articolo della competenza, per insistere invece su ciò che importa al nostro argomento. Il signor Merlin, Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, si espresse come segue:

« Sarebbe ben difficile concepire come il Gaudner non potesse » aver commesso una *via di fatto*, operando come viene riferito dal » Guardaboschi. Che cosa è una *via di fatto?* Essa in generale è ogni » atto, mediante il quale si esercitano per propria autorità privata pretese » o diritti contrarii ai diritti o alle pretese altrui. Non conviene confon- » dere la *violenza* colle *vie di fatto*. Jousse nel suo Commentario al- » l'Ordinanza del 1667, titolo 18. art. 2., sulle parole *spossessato per* » *violenze o vie di fatto* osserva che la *violenza* suppone *resistenza.* » Perlochè ogni *violenza* è *via di fatto*, ma non ogni *via di fatto* è » *violenza.* »

« Nel caso nostro dalla parte del Gaudner non fu praticata violen- » za; anzi non vi potè nemmeno essere, poich' egli non incontrò alcu- » na resistenza dal canto del suo vicino. Egli per conseguenza non ebbe » bisogno, onde eseguire la deviazione dell'acqua, di respingere il Mül- » ler, di forzarlo o d'intimorirlo colla forza » (1).

« Ma certamente v'ebbe una *via di fatto*, poichè per sua privata » autorità egli deviò un'acqua, il diritto della quale ed il possesso sus- » seguente di otto anni erano stati confermati al Müller. Per la qual » cosa dobbiamo aggiungere, che se v'ebbe *via di fatto*, ebbevi anche » delitto, o almeno fatto punibile; attesochè turbare o spossessare me- » diante *vie di fatto* colui che possiede pubblicamente pel corso di un » anno e un giorno ultimamente scaduti, egli è contravvenire ad una » delle regole fondamentali dell'ordine pubblico. La quale contravven- » zione prende un carattere ancora più grave allorchè ella è commessa » in onta dell'autorità della cosa giudicata. »

(1) Qui si notino i caratteri della violenza legale identici a quelli del Diritto romano, già riportati nel Libro II. Capo VI.

« Sarebbe dunque da stupire che la legge avesse dimenticato d'in-
» fliggere una pena qualunque a siffatto delitto; ma noi siamo ben lon-
» tani dal poterle fare questo rimprovero. L'Ordinanza del 1667, tito-
» lo 28. art. 6., era spinta al segno di obbligare i Giudici civili, avanti
» de' quali taluno era ricorso in possessorio per motivo di *via di fatto*,
» a sottoporre l'autore della *via di fatto* alla multa. Al dì d'oggi i Giu-
» dici civili non hanno più questo potere, ma fu trasportato tutto intiero
» nel Tribunale di Polizia; e l'art. 605 del Codice dei delitti e delle
» pene vuole espressamente che per *via di fatto* essi possano condan-
» nare non solamente alla multa del valore di tre giorni di lavoro, ma
» eziandio all'imprigionamento per tre giorni. »

« Del rimanente pretendere, come fa il Gaudner, che la legge in
» quest'articolo non parli fuorchè di *vie di fatto* che accadono nelle ris-
» se, egli è un restringere arbitrariamente una disposizione, la quale per
» sua natura e per la necessità delle cose è generale. Io dico *per sua na-*
» *tura;* poichè la denominazione di *via di fatto* si applica per sè stessa
» ad ogni specie di attentato tanto sui beni, quanto sulle persone. Sog-
» giungo poi *per la necessità delle cose*, attesochè conviene necessaria-
» mente supporre che il Legislatore non abbia voluto lasciare impunite
» azioni che offendono l'ordine sociale, sostituendo la forza individuale
» all'esercizio della pubblica autorità. »

« Per soprappiù è chiaro che la legge non ha considerate solamente
» le *vie di fatto* che accadono nelle risse, poichè essa esprime separata-
» mente le *risse* e le *vie di fatto*. = Gli autori di risse, attruppamenti
» ingiuriosi o notturni, vie di fatto e violenze leggiere, purchè non ab-
» biano ferito nè percosso alcuno ec. = dice la legge. »

« Siccome vi ha sempre e necessariamente *via di fatto* quando hav-
» vi rissa, così è evidente che nel sistema di Gaudner sarebbe stato inu-
» tile, dopo averci parlato di risse, parlare anche delle *vie di fatto*.
» Dunque se la legge ha parlato delle une dopo aver parlato delle altre,
» dà a divedere l'intenzione avuta di punire le *vie di fatto* semplici
» come le *vie di fatto* accompagnate da risse. »

« Nè con miglior ragione il Gaudner dalle parole *purchè non sia*
» *stato ferito nè percosso veruno* tenta di argomentare in suo favo-
» re. Questa restrizione non fu apposta dalla legge se non perchè volle
» riservare al giudizio dei Tribunali correzionali e punire con pene
» più forti le *vie di fatto* e le violenze che si praticassero sulle persone
» sia mediante ferite, sia solamente mediante percosse; e sarebbe som-
» mamente irragionevole concludere da ciò, che le *vie di fatto* prati-

» cate sulle cose non fossero sottomesse alla disposizione di questo
» articolo. »

« In breve, la legge vuole che le *vie di fatto* siano punite con pene
» di semplice Polizia. Essa non distingue fra le *vie di fatto* esercitate
» sulle cose, e le *vie di fatto* esercitate sulle persone, Ella soggiunge
» solamente, che allorquando saranno praticate sulle persone con vio-
» lenze accompagnate da ferite o percosse, saranno assoggettate a pene
» più gravi. In conseguenza, tranne questo caso, le pene di semplice Po-
» lizia vengono applicate egualmente tanto alle *vie di fatto* reali, quanto
» alle *vie di fatto* personali. »

« E in tal guisa appunto voi avete giudicato nel giorno 15 pratile
» ultimo sulla relazione del cittadino Schwendt e sulle nostre conclu-
» sioni, cassando il giudizio del Tribunale di Polizia del Cantone di
» Chastel-Censoir, Dipartimento del Jonne. »

« Riassumendo, cittadini magistrati, voi vedete che il Tribunale di
» Polizia ha pronunciato competentemente; ch'egli non ha commesso
» nell'istruzione alcuna irregolarità; ch'egli ha applicato la legge esat-
» tamente. In conseguenza di ciò stimiamo che debbasi rigettare la do-
» manda in Cassazione, e condannare il cittadino Gaudner alla multa. »

» Conformemente a queste conclusioni sotto il giorno 18 messidoro,
» anno 8., sulla relazione del sig. Vallée, fu pronunciato Decreto, nel qua-
» le — considerando sul primo mezzo di ricorso, che il possesso delle
» acque del rivo era stato giudicato fra le parti, e che nel caso partico-
» lare non poteva cadere in quistione fuorchè il fatto pel quale Müller
» si querelava d'essere stato privato dell'acqua di cui doveva godere; —
» considerando sul secondo mezzo, che spettava al reclamante di pro-
» durre i testimonii all'udienza, s'egli pretendeva di giustificare che il
» cittadino Müller aveva goduto dell'acqua necessaria pel bisogno del-
» la sua casa, come ne deve diffatti godere, la qual prova però non fu
» eseguita; — considerando sul terzo mezzo, che il Tribunale di Po-
» lizia non avendo a giudicare che una *via di fatto*, egli ha fatta una
» giusta applicazione della legge; — il Tribunale rigetta il ricorso del
» cittadino Gaudner » (1).

---

(1) Merlin, *Questions de droit*, tom. IX. verb. *Voye de fait*, p. 487-492. Parigi, anno 13.

CAPO III.

Dei limiti di ragione delle vie di fatto *semplici.*

§ 1311. Dalla nozione delle *vie di fatto* semplici furono escluse le iolenze, le percosse, le ferite, ed altri simili atti per sè criminosi, e pei uali gli eccessi di potere puramente politici si convertono in formali elitti, sempre proibiti e puniti in qualunque savia legislazione. Questa sclusione segna da una parte un limite perpetuo e decisivo, onde separare le semplici *vie di fatto* dagli eccessi assolutamente criminali.

§ 1312. Ora conviene fissare l'altro *limite*, pel quale le semplici *vie di fatto* si distinguono dagli *atti leciti* fatti per *privata autorità*. Questo limite come può esso venire stabilito? Forsechè il divieto politico di farsi giustizia di propria mano è così assorbente ed *assoluto* da non autorizzare mai la immediata difesa dei proprii diritti, e la distruzione delle innovazioni perturbatrici dei nostri possessi? Converrà dunque sempre e poi sempre ricorrere all'autorità dei Tribunali, onde respingere tali attentati e tutelare i nostri dominii reali?

§ 1313. A tutte queste interrogazioni dobbiamo rispondere *negativamente*. Come vi ha un confine nella tutela pubblica rapporto alle persone, talchè pei casi irreparabili viene lasciato libero l'esercizio della privata difesa; così havvi un confine nella tutela pubblica dei *beni* e dei *diritti reali*, oltre i quali viene lasciata libera al privato la difesa dei medesimi. Pietro tiene al confine del suo orto una porta aperta, per la quale Paolo per alcuni giorni si è fatto lecito di passare e ripassare. Pietro avvisato fa chiudere questa porta, e non permette più il passaggio a Paolo. — Altro esempio. Pietro tiene un acquedotto esclusivo, cui Paolo apre in un fianco, e toglie per alcuni giorni acqua. Pietro avvisato fa chiudere la bocca, significando a Paolo di non tentar più di sottrarre acqua. Domando qui, se per chiudere la sua porta o il suo canale Pietro avesse bisogno d'interpellare l'autorità di un Tribunale. Ognuno mi risponde, che se la legge non autorizzò questi atti, Paolo non ha diritto di querelarsi contro Pietro di soffrire alcuna *via di fatto*. Qual possesso acquistò egli mai, o per via di convenzione, o per via di detenzione *manutenibile*, di passare per l'orto, o di godere dell'acqua di Pietro?

§ 1314. Ma se vi fosse passato palesemente, pacificamente, per autorità propria, durante un anno e un giorno, secondo certi paesi, o durante

altro tempo di possesso manutenibile, forse Paolo avrebbe diritto di querelarsi d' essere turbato nel suo possesso, e di accusare Pietro d' aver commesso una *via di fatto?* Secondo la giurisprudenza ricevuta si risponde di sì. Che cosa avrebbe dunque dovuto praticar Pietro per tutelare la libertà de' suoi beni? Avrebbe dovuto ricorrere al Giudice, ed ottenere un precetto di divieto, sempre però esercibile, posta la condizione che Paolo non dimostrasse o un titolo o un possesso inducente prescrizione di dominio. Frattanto però fino a causa conosciuta Paolo dovrebbe essere mantenuto nell' esercizio del suo possesso acquistato.

§ 1315. Esaminando quest' esempio, che cosa rileviamo noi? Noi scopriamo esistere un possesso *provvisoriamente* guarentito dalle leggi, il quale non può essere tolto che mediante l' autorità dei Tribunali. Questo possesso differisce totalmente da quello che viene munito dalla prescrizione *perentoria*, e del quale ci siamo largamente occupati nella Parte antecedente. Ognuno vede di leggieri che questa manutenzione provvisoria non deroga nè punto nè poco alla verità e solidità del dominio del vero padrone, ma che essa è soltanto indotta dalla vera ragione *pubblica* sociale, sia quanto alle *presunzioni* fondamentali, sia quanto alla *maniera* di difendersi contro le illegittime pretensioni altrui.

§ 1316. Nel regime esterno della pubblica amministrazione l'autorità pubblica deve avere un punto comune, sul quale riposare e dal quale poter partire, onde difendere i dominii e guarentire i possessi. Tutto riposa, come fu già osservato, sulla *verità estrinseca*, e sulla forza delle prove che la manifestano e ne fanno constare. E siccome si presume ognuno difendere il suo, così un possesso tranquillo almeno per un dato tempo, se non forma prova di legittimità, somministra almeno una *presunzione* della medesima. Guai a quel popolo nel quale questa presunzione non costituisse il fondamento della comune sicurezza dei privati possessi! Allora tutto fluttuerebbe in una orrenda incertezza, per la quale la società sarebbe data in preda a perpetue agitazioni ed usurpazioni.

Ma posto questo punto fisso, e posti i dati di tale presunzione, ciascuno vede che la legge doveva durante la medesima guarentire ad ognuno il possesso goduto, di modo che non ne fosse spogliato se non a *causa conosciuta.*

§ 1317. Abbiamo detto che tutto ciò si deve verificare *posti i dati* di questa presunzione. Si rifletta bene a tale condizione. Con essa non si vuole indicare che qualsiasi momentaneo possesso di *puro fatto* sia oggetto guarentito dalle leggi, stantechè con questa *illimitata* supposi-

zione verrebbero guarentiti tutti gli attentati momentanei, tutti gli spogli, tutti i furti, tutte le sorprese che si commettessero contro le cose e i diritti reali di un privato. Il Cielo mi guardi dallo spingere le cose fino a questo punto. Niuna legge umana saviamente intesa avvisò mai di mantenere siffatte *momentanee usurpazioni*. A che dunque si riduce la cosa? Essa si riduce a dire, che la legge ha dovuto determinare quali possessi, comunque rivocabili, essa intenda guarentire fino a causa conosciuta; e però quali sieno le *vie di fatto* ch'essa ha inteso proibire ad un padrone che tenda o di rivendicare il maltolto, o di respingere le altrui usurpazioni. Questo è appunto l'altro *estremo*, entro il quale si verificano le *vie di fatto* proibite. Si tratta egli di un possesso provvisoriamente guarentito dalla legge? Allora il cittadino non può ricuperarlo o difenderlo di privata autorità, ossia facendo uso della forza propria. Dunque nel caso che trovi opposizione dal canto dell'usurpatore, deve ricorrere all'autorità dei Tribunali. Per lo contrario se si tratta di un possesso non guarentito provvisoriamente come sopra, in tal caso astenendosi da formali violenze, e molto più da altre ingiurie, egli può di privata autorità ripigliare e difendere il fatto suo, senza tema d'incorrere nell'accusa di avere usato *vie di fatto* riprovate o vietate dalla legge. E qui appunto si verifica la regola conosciuta e proclamata: *quae de facto fiunt, de facto tolluntur*. Questo è in via puramente *facoltativa*, perocchè anche per l'esercizio della privata lecita autorità si può benissimo ricorrere ai Tribunali, onde ottenere o i divieti o le riparazioni richieste dal nostro diritto. Anzi molte volte la prudenza e le cautele di una maggiore sicurezza persuadono di ricorrere a questo mezzo; ed un Giudice che non si prestasse alle richieste private, oltre al denegare la giustizia, darebbe fomento a risse private. Per la qual cosa la regola: *quae de facto fiunt, de facto tolluntur*, non dispensa un Giudice dal prestar mano forte quando viene implorata la sua autorità.

§ 1318. Tutto l'affare pertanto si riduce a sapere quali siano i *requisiti* e quale l'*estensione* e la *durata* di questo possesso provvisorio guarentito dalla legge; e tale ispezione è affare puramente positivo, nel quale non possiamo trovare altro di comune, se non che la detenzione o l'uso *pacifico*, *palese*, e fatto per *propria autorità*, durante un dato tempo minore di quello della perentoria prescrizione.

Con queste considerazioni ognuno può determinare quale sia l'altro estremo, entro di cui si possono verificare le *vie di fatto* semplici, le quali cadono sotto il divieto delle leggi. Con ciò si vede altresì la latitudine del primo ramo della ragione tutelare dei reali dominii e possessi.

CAPO IV.

Idea distinta dell' indole propria delle vie di fatto, *ossia delle turbazioni di possesso.*

§ 1319. Ogni *via di fatto*, considerata nella sua indole generale e filosofica, altro non può essere che un atto esterno moralmente e legalmente imputabile, l'effetto del quale consiste nello spogliare altrui di un possesso almeno provvisoriamente manutenibile. Dicesi in primo luogo essere un atto esterno moralmente e legalmente imputabile; e con ciò s'indica tanto la parte interna, quanto la parte esterna dell'atto medesimo. L'una e l'altra però sono essenzialmente *inseparabili.* Senza lo spoglio eseguito o almeno tentato è impossibile verificare alcuna *via di fatto.* Senza l'imputazione morale poi è impossibile qualificare l'atto come delitto o trasgressione punibile. Ma lo spoglio di possesso in che può mai consistere? Egli consiste soltanto nel togliere la facoltà di usare a piacere dell'oggetto sul quale si esercita il nostro dominio reale. Diffatti la sola nozione vera e filosofica del possesso presenta il nudo concetto della detenzione effettiva, ossia fisica, di una cosa qualunque in modo da poterne far uso quando lo giudichiamo conveniente. Il possedere col solo animo altro non è che una finzione morale, colla quale o si vuole indicare che noi non abbiamo desistito dalla pretesa di ricuperare un bene, oppure si vuole indicare che la legge non riconosce come legittimo il possesso di fatto ritenuto da altri, ma che per lo contrario lo vuole affetto alla nostra autorità. Ma se tale è la nozione del vero possesso, per ciò consta filosoficamente, che lo spoglio o tentato o consumato deve consistere nel privarci o nel tentare di privarci di siffatta detenzione effettiva. Ma così è che questa detenzione effettiva è cosa fisica: dunque lo spoglio sarà effettivamente un atto fisico; dunque la *via di fatto* consisterà in primo luogo in uno o più atti fisici produttivi di siffatto spoglio, o tendenti al medesimo.

§ 1320. Ma dall'altra parte se quest'atto di spoglio fosse commesso per errore, per ignoranza incolpabile, o per qualunque altra causa esimente da colpabilità, è per sè evidente ch'esso non sarebbe nè moralmente nè legalmente imputabile, e per ciò stesso non suscettibile di giusta pena. Dunque nell'ipotesi che la *via di fatto* sia un atto punibile, si suppone per ciò stesso essere stato commesso con piena intelligenza e libertà, e colla positiva coscienza del possesso altrui legalmente manutenibile in via almeno provvisoria.

§ 1321. Schiarita per tal modo l'indole vera e filosofica della *via di fatto*, ci conviene distinguere le diverse maniere, almeno generali, colle quali può essere praticata. La prima distinzione è quella della consumazione dal semplice tentativo. Pietro possiede un pezzo di terra confinante da tre parti coi fondi di Paolo. Paolo creditore di Pietro, e ch'ebbe in ipoteca o pegno il detto pezzo di terra, vedendo che Pietro non soddisfa al proprio debito, apre un fosso, chiude con un recinto o siepe questo pezzo di terra, e lo incorpora col proprio fondo. Ecco uno spoglio formale fatto di propria autorità, e contro l'ordine stabilito dalle leggi. Questo risolvesi in una *via di fatto*, anzi costituisce una *via di fatto* spogliativa del possesso guarentito di Pietro; possesso che a lui non poteva venir tolto che per mezzo dell'autorità dei Tribunali, ed osservando le dovute formalità.

Questa *via di fatto* è semplice, quando non sia intervenuta violenza alcuna nè a Pietro, nè a veruno della sua famiglia e de'suoi dipendenti. Per lo contrario è *via di fatto* qualificata, e che può anche risolversi in assoluto delitto criminale maggiore, se fossero intervenute violenze, forza armata, o ingiurie reali.

§ 1322. Supponiamo ora che Paolo avesse solamente *tentato* d'appropriarsi di privata autorità il pezzo di terra suddetto, senza eseguire quanto sopra fu esposto: allora sarebbesi verificato il tentativo di una *via di fatto*, come si verifica l'attentato di qualsiasi altro delitto.

§ 1323. Ogni *via di fatto* si può ridurre a questi due modi generali soltanto, e contro di tali modi generali le leggi hanno dovuto accordare e sanzionare il *ristabilimento* o la *manutenzione* nel possesso almeno fino a causa conosciuta e discussa in petitorio, vale a dire fino a che siasi conosciuto del titolo che taluno può avere per ispossessare un altro. In tutte le legislazioni si conoscono i così detti *mandati*, *precetti*, *decreti di restituzione*, *di reintegrazione* e *di manutenzione di possesso*. Coi primi lo spogliato *ricupera* in tutto o in parte ciò che gli fu tolto; colla manutenzione poi ritiene fino a giudizio definitivo ciò che egli possiede. I celebri rimedii *recuperandae*, *reintegrandae et retinendae possessionis* si riferiscono a questi oggetti.

§ 1324. Qui conviene osservare che la ricupera si riferisce ad uno spoglio *totale*, e la reintegrazione ad uno spoglio *parziale*. L'uno e l'altro però non differiscono per la *specie*, ma solo per la *quantità*. Tanto nella reintegrazione quanto nella ricupera si acquista effettivamente il possesso del quale fummo privati. Dunque la distinzione veramente capitale è fra la *manutenzione* e la *ricupera*, sia totale, sia parziale.

Questi rimedii servono a riparare o a fare scudo contro le turbazioni così dette *di possesso*, le quali nella nostra lingua corrispondono alle *vie di fatto* usate nella giurisprudenza francese.

§ 1325. È proprio del possesso dei dominii divisi d'essere *esclusivo* quanto la stessa proprietà reale. Diffatti essa consiste in un dominio indipendente ed esclusivo, in quanto viene attribuito a taluno. Essa si potrebbe dire in generale una *suità di diritto.* Se dunque il possesso è riferibile al dominio, questo possesso sarà di sua natura indipendente ed esclusivo del rispettivo possessore, al quale viene attribuito. Ma per ciò stesso ch'esso è *esclusivo*, ripugna ad una comunanza con altri. Dunque non solamente quanto alla sostanza del fondo, ma eziandio quanto agli *atti particolari* pei quali si esercita il possesso, esso escluderà qualunque comunione e partecipazione con altri. Se dunque altri senza nostro consenso pretendesse esercitare gli atti proprii del dominio in compagnia di noi, sia che voglia esercitarli tutti, sia che voglia esercitarli in parte, e fin anche un solo, senza per altro privarci della proprietà, si dovrà sempre concludere ch'egli *turba* il legittimo nostro possesso.

§ 1326. Per ben comprendere quest'idea conviene perpetuamente pensare che un possesso non è un ente semplice e matematico, ma bensì un ente composto, e formato dal concorso di molti e molti atti, ossia meglio di tutti quegli atti che competono al padrone di un bene, e che formano l'uso e il godimento del bene medesimo. Egli è solo per compendiare la serie variata e moltiplice di questi atti che il possesso viene raffigurato sotto di una semplice locuzione. Per la qual cosa tante possono essere le *turbazioni di possesso* e tante le *vie di fatto*, quanti sono gli atti di uso, di godimento, d'insistenza sui nostri beni, pretesi, tentati od eseguiti senza nostro consenso da altri, ben inteso che il nostro possesso sia riconosciuto e guarentito dalle leggi. Non dobbiamo dunque pensare che la *via di fatto* o la *turbazione di possesso* si restringa soltanto nell'essere spogliati di un dato bene in tutto o in parte, o nell'essere impediti nell'esercizio totale dei nostri atti possessorii; ma dobbiamo invece ritenere che quanto dicesi del tutto, dicesi anche d'ogni parte, e di qualunque minima parte.

§ 1327. Ecco in succinto lo spirito e l'indole vera delle *vie di fatto*, ossia delle *turbazioni di possesso* circoscritte entro i limiti segnati nell'antecedente Capo. In tutti questi caratteri il predominante sarà sempre un fatto di privata autorità esercitato sopra un bene posseduto da altri, e guarentito almeno provvisoriamente nelle di lui mani dalla legge, senza però che nell'ingerenza o nello spoglio che noi ne facciamo

intervenga violenza, ingiuria, mano armata, timore di forza armata, o altra qualificazione di criminale maggiore.

CAPO V.

Dell' azione giudiziaria per titolo di turbato possesso, *o di* vie semplici di fatto.

§ 1328. Se noi osserviamo attentamente il senso annesso alla denominazione di *vie di fatto*, usata dagli scrittori di civile giurisprudenza, ci accorgiamo che tutti d'accordo escludono l'invasione e l'usurpazione gratuita dei possessi altrui, per non ritenere che un eccesso di potere, appoggiato per altro ad un principio di diritto. Ma vediamo nello stesso tempo che questo eccesso non si verifica se non sopra quei possessi che taluno tenta arrogarsi per una legale pretesa, i quali in altri sono guarentiti almeno provvisoriamente dalla pubblica autorità. Fuori di questo caso le leggi autorizzano l'uso della forza privata per respingere di fatto un attentato recato alle nostre proprietà od ai nostri diritti. Qual'è la conseguenza che nasce da questi dati?

§ 1329. La prima conseguenza è, che la querela di *turbato possesso* non può avere fondamento legittimo, se non posta la condizione di un possesso legalmente manutenibile almeno provvisoriamente in mano nostra. Qualunque *via di fatto* altrui non è *ipso jure* criminosa, come lo sono i delitti veramente assoluti. Dunque non esiste una presunzione *juris et de jure* in ogni atto fatto da altri contro i nostri pretesi possessi di *puro fatto*. Dunque devesi necessariamente far constare alla pubblica autorità del suddetto possesso manutenibile, onde poter procedere per titolo di *turbato possesso* in via sia civile, sia criminale. Senza di ciò anche un usurpatore momentaneo, un invasore, un ladro, dalle mani dei quali fossero stati di subito ritolti i nostri possessi, potrebbero a buon diritto porgere la querela di turbazione del possesso momentaneamente da essi acquistato mediante il loro misfatto.

§ 1330. Ma posta questa fondamentale condizione, qual'è la conseguenza che ne viene per l'ulteriore esercizio in via giudiziaria dell'azione di *turbato possesso?* La prima conseguenza è, che l'azione civile è essenzialmente pregiudiziale alla criminale. Qui la parola *pregiudiziale* si assume nel senso ricevuto in giurisprudenza, e però non significa *azione nociva*, ma *di precedente discussione giudiziale*, ossia che deve essere preventivamente conosciuta, prima di dar corso alla criminale. Il *praejudicium* qui significa *giudizio precedente*, e nulla più.

§ 1331. Ma se l'azione civile è pregiudiziale alla criminale, ognuno sente che devesi prima far constare in via civile di godere e di avere goduto per un dato tempo fissato dalla legge, e secondo le condizioni prescritte da lei, del possesso attribuente l'azione civile di tutela, ossia di manutenzione almeno provvisoria. Tempo e qualità sono gli estremi che convien provare prima di procedere contro l'asserito turbatore del possesso, ossia autore delle *vie di fatto*. Dunque se la legge avesse, per esempio, stabilito quanto al tempo che il possesso dovesse essere *annale*, si dovrà provare questo non interrotto periodo. Se di più avesse richiesto che questo possesso fosse palese, pacifico, fatto per propria autorità, ossia a titolo di padrone, e non mai interrotto, si dovrebbero del pari provare tutte queste circostanze. Una sola che ne mancasse, o che non venisse provata, toglierebbe al querelante ogni fondamento di manutenzione originaria, e quindi di rivocazione delle *vie di fatto*, e precluderebbe la strada a rivocare in via puramente possessoria il perduto o scemato possesso. Dico *in via puramente possessoria*, per indicare che in questo caso rimarrebbe sempre al possessore turbato il diritto di far constare in via petitoria del *titolo* di proprietà a sè competente. Allora riuscendo nel suo intento, otterrebbe non solamente la restituzione del fatto suo, ma dovrebbe inoltre essere risarcito di tutti i danni, spese ed interessi cagionati dall'altrui usurpazione.

§ 1332. L'altra conseguenza che nasce dalla natura stessa delle cose è, che la querela di *turbato possesso* non può essere che di Diritto *privato;* vale a dire, che nel caso di *semplice via di fatto*, non accompagnata da circostanze di violenza o da altre criminosità, l'autorità pubblica giudiziaria non può procedere d'ufficio, ma deve aspettare di essere eccitata e posta in movimento dalla querela presentata dal possessore turbato. Diffatti se una *via di fatto semplice* può essere anche *legittima*, come sopra si è dimostrato; e se dall'altra parte il Giudice non può sapere d'ufficio lo stato dei diritti che competono ad ogni singolo cittadino; è per sè evidente non poter egli con cognizione di causa nemmeno *presuntiva* procedere per titolo di *turbato possesso*, se non dopo che viene eccitato dallo spogliato o turbato, e dopo ch'egli ha veduto essersi verificato il caso contemplato dalla legge, escludente qualunque presunzione favorevole al turbatore, ossia all'autore della commessa *via di fatto*.

§ 1333. Io non so quale fosse il principio e quali fossero le discipline che mosserò nell'esempio sopra recato del Gaudner il guardaboschi a porgere la querela di *via di fatto* contro il Gaudner medesimo. Pare

che ogni ragione volesse che la querela fosse presentata dal solo Müller, e che si agisse in forza delle prove allegate e confermate dal Müller stesso. Io convengo che avendo il Müller preso atto della denunzia fatta dal guardaboschi, ed avendo fatto constare degli estremi legali della turbazione, la cosa si risolve nello stesso scopo; ma dall'altra parte il Gaudner aveva potuto benissimo deviar l'acqua, sia per proprio diritto, sia per consenso del Müller medesimo: talchè a prima vista, ed altro non constando, non pare, almeno in linea di ragione generale, che il guardaboschi fosse autorizzato a portare denunzia veruna contro il Gaudner, a meno che questo incarico non gli fosse stato imposto dalla legge in conseguenza della querela a lei rassegnata dal Müller medesimo. Allora il guardaboschi faceva un privato servigio al Müller, diventava un organo subalterno, e faceva le veci del querelante privato.

§ 1334. Tutto questo si fa osservare a fine di porre in maggior luce l'assunto da noi proposto, qual è quello di affermare essere la querela di *turbato possesso* non qualificato di azione puramente privata, benchè poi la procedura alla pena possa essere, com'è di fatto, d'azione tutta pubblica. A ciò si aggiunge, che se l'azione stessa penale è dipendente dalla civile, e che questa sia pregiudiziale a quella, ne emergerà che se il possessore turbato o rimette o non si cura di promovere querela alcuna per le *vie di fatto* sofferte, ed esse vengono riparate all'amichevole, niun Tribunale potrà a buona ragione ingerirsi in questi affari, e meno poi potrà giustamente procedere in via penale, per le semplici *vie di fatto* che furono anteriormente praticate. Da ciò si vede, che se anche constasse ad un Giudice di simili fatti in via di *conciliazione* da lui procurata, e niuno facesse istanza perchè si procedesse giudizialmente, egli in linea di ragione naturale nè dovrebbe nè potrebbe giustamente procedere criminalmente. Considerate dall'altra parte quanto importi nelle minime cose che vengono prontamente riparate, e che talvolta possono accadere per errore o per ignoranza, di non ricorrere sempre alla sferza ed al rigore necessario soltanto agli oggetti importanti; e concluderete essere politicamente utile, anche a risparmio di tempo prezioso ai Giudici, di non autorizzarli a procedere per le semplici *vie di fatto* se non che venendo stimolati da positiva istanza della parte interessata.

§ 1335. Ciò che qui importa è, che la parte querelante, ossia che si lagna per *turbato possesso*, provi prima di tutto in maniera indubitata di godere d'un possesso almeno provvisoriamente manutenibile in forza di legge espressa; e però deve essere cura tanto della parte di allegare

queste prove indubitate, quanto del Giudice di esaminare se siano state prodotte, e se sieno concludenti all' uopo.

§ 1336. In tali prove poi conviene por mente se siano stati partitamente comprovati quei fatti o quelle circostanze alle quali la legge volle annettere la manutenzione suddetta. Questi fatti e circostanze nel linguaggio del Foro vengono designati sotto il nome di *estremi da provarsi.* Nella presente materia, ossia nei possessi dei beni stabili o dei diritti immobiliari, i requisiti ossia estremi da provarsi sono quelli stessi che servono a costituire il possesso guarentito da prescrizioni perentorie; talchè fra l'una e l'altra specie non v' ha che la differenza del tempo, salvo l'effetto finale adattato alla natura dell'uno e dell'altro. Quanto al *tempo*, nei possessi provvisoriamente manutenibili non si può consultare fuorchè la disposizione positiva di una legge. Quanto poi all' *effetto* finale, havvi questa differenza, che nelle prescrizioni perentorie, trascorso il tempo cogli altri requisiti già noti, il possesso viene *irrevocabilmente* guarentito al possessore. Per lo contrario nel possesso manutenibile soltanto *provvisoriamente* egli viene *rivocato*, semprechè la parte contraria dimostri un titolo distruttivo delle ragioni del possessore. Può accadere certamente che il possessore venga munito di titolo definitivo; ed allora colla sentenza in petitorio viene *confermato* come irrevocabile. Ma sarà sempre vero che questa conferma nasce per una discussione *susseguente* al giudizio di manutenzione provvisoria; talchè avuto riguardo alla natura della manutenzione provvisoria, si dovrà sempre dire ch' essa per sè stessa sia rivocabile.

Ma su questo punto ci verrà fatto spiegarci più ampiamente là dove tratteremo della natura di questi due giudizii. Qui si sono prodotte tali considerazioni soltanto per segnare la naturale connessione di questi oggetti sul proposito delle querele di *turbato possesso*, ossia delle *vie di fatto* che formavano l' argomento di questa Sezione. Rammentiamo sempre, che qui si tratta solamente di conoscere la vera indole legale, i limiti delle *vie di fatto*, e non più.

SEZIONE II.

Delle vie di fatto *considerate rispetto ai varii stati del possesso dell' acquedotto, secondo il Diritto naturale ed il romano.*

CAPO VI.

Se possano aver luogo vie di fatto *dopo un' acquisizione titolata, senza la presa materiale di possesso dell' acquedotto.*

§ 1337. Abbiamo già osservato che le *vie di fatto* possono cadere sopra ogni *parte* della ragione dell' acquedotto. Si domanda in primo luogo se si possano verificare *vie di fatto* nell' incominciamento ossia nell' acquisto della ragione dell' acquedotto.

§ 1338. A primo tratto noi ci accorgiamo che qui conviene distinguere la maniera di quest' acquisizione. O si tratta d' acquisizione fatta con *titolo*, o si tratta d'acquisizione fatta con meri *atti possessorii*, i quali per ciò stesso non sono realmente che colpi di mano. Se si tratta di un acquisto fatto con *titolo*, si deve suddistinguere: o colla trasmissione del *titolo* si trasmette anche il *possesso* materiale ed effettivo, o no. Nel primo caso non si potrebbe figurare la possibilità di alcuna *via di fatto* per parte dell' acquirente, stantechè essendo in lui stato trasmesso il reale possesso, e l' alienante essendone spogliato, questi non potrebbe querelarsi mai di turbazione alcuna di un possesso ch' egli non ha legalmente, nè potrebbe per conseguenza tacciare l'acquirente di esercitare, nè quanto al titolo, nè quanto al modo, veruna *via di fatto* riprovevole.

§ 1339. Diverso è il caso nel quale si fingesse che il *titolo* di acquisto non portasse seco l' effettiva immissione legale in possesso dell' acquirente nel bene venduto, talchè dovesse aspettare che con atto separato venisse a lui trasmesso dall' alienante. Quando si parla di effettiva immissione, si esclude la fittizia, compresa anche quella che si potrebbe intendere espressa col costituto possessorio.

§ 1340. L' effetto di questo costituto può essere considerato sotto due aspetti. Il primo è quello di produrre la vera trasmissione del dominio in modo, che questo non si consideri più presso del venditore o cedente, per cui egli non possa più alienare la stessa cosa in altri, come fu già osservato nella Parte II. Libro III. Capo II. e III. Il secondo è di tener luogo dell' effettiva e materiale *immissione* in possesso, talchè l' acquirente per fatto proprio, e senz' altra intermedia operazione, si

consideri insistere sulla cosa alienata in modo, che l'alienante non possa più esercitare atto veruno proprio sulla cosa alienata, e per lo contrario l'acquirente si consideri detentore e possessore esclusivo della cosa medesima.

§ 1341. Questo secondo effetto si verifica forse in conseguenza della sola clausola del costituto possessorio? Si noti bene la forza della quistione. Qualunque formola verbale non può fare che ciò che non è reale diventi tale. Si può bensì con una formola verbale dichiarare di usare o non usare d'un diritto; ma non si può dare o togliere l'*esistenza* ad una cosa fisica ed esterna. Dunque se il possesso effettivo e reale non si può acquistare che colla positiva occupazione, accessione e tradizione; se di più il possesso medesimo non si esercita che mediante quella serie di *atti fisici* che manifestano il dominio esclusivo; sarà pur vero che l'effettivo e reale possesso non potrà venire effettuato mediante la sola clausola del costituto possessorio, ma solamente per mezzo dei tre modi sovra indicati.

§ 1342. E qui si deve considerare, che il possesso del quale parliamo, in materia di *vie di fatto* non può consistere esso medesimo che nel possesso stesso di *fatto*. Questo è il concetto perpetuamente supposto dalle leggi; talchè la quistione di diritto per gli altri suoi requisiti diventa soltanto *subalterna*, e suppone sempre il fatto esterno di questo possesso. Più ancora: la *turbazione* essendo cosa *fisica*, e di puro fatto esterno, non può essere immaginata che col supposto di un possesso acquistato o per occupazione, o per accessione, o per tradizione. Mediante questi soli modi può estrinsecamente risultare essersi verificato il fatto fisico del possesso suddetto, com'è per sè evidente.

§ 1343. Dunque il possesso immaginario contemplato colla clausola del costituto possessorio non può tener luogo di quella specie di possesso ch'è suscettibile di turbazione, ossia di *via di fatto*. Dunque fino a che l'acquirente non abbia fatta ed ottenuta la *reale immissione*, sia effettiva, sia simbolica, nel bene ceduto, non si potrà mai verificare un possesso che possa essere realmente turbato. Così, per esempio, ceduto il luogo dell'acquedotto, non si potrà figurare possesso turbabile se non dopo che sarà stato tracciato il canale, o almeno piantati i limiti del medesimo; e così discorrendo.

CAPO VII.

Quid juris supponendo una pretesa fondata soltanto su atti possessorii incamminanti l'usurpazione. Disposizioni relative del Diritto romano.

§ 1344. Ma se si fingesse l'altro modo di acquisizione *senza titolo*, i difetti della quale non possono essere sanati fuorchè dalla prescrizione perentoria, si domanda se nell'incominciamento di questo possesso, che col sussidio del lungo tempo tiene luogo di titolo, si possa verificare la commissione di *vie di fatto*, secondo il senso sopra spiegato.

§ 1345. A questa quistione conviene rispondere con distinzione. O noi parliamo della persona che si arroga il detto possesso, o della persona che ne può soffrire detrimento. Più ancora: o parliamo di qualunque qualità e tempo di questo possesso di fatto, o parliamo della qualità e del tempo di quello che la legge può anche momentaneamente mantenere. A fine di vedere i giusti dettami positivi su questo punto, esamineremo in primo luogo il caso rispetto al Diritto romano.

§ 1346. Egli è certo in massima, che in forza di questo Diritto non ogni atto materiale di possesso è manutenibile; ma lo è quello soltanto che *non vi*, *non clam*, *non precario* sia stato continuato per lo meno nell'anno prossimamente antecedente. Ognuno intende che qui si parla soltanto del possesso provvisoriamente manutenibile, e non di quello che produce la perentoria prescrizione pel lasso lunghissimo di tempo.

Sono chiare le disposizioni dell'editto del Pretore, il quale costituisce il testo fondamentale commentato e sviluppato dai giureconsulti, i frammenti dei quali compongono il corpo del Digesto, e sui quali dappoi si è eretta la legislazione imperante di Giustiniano e de'suoi successori.

Nella legge del Digesto, al titolo *De aqua quotidiana et aestiva*, noi troviamo i seguenti frammenti dell'editto perpetuo adrianeo.

I. « Uti hoc anno aquam, qua de agitur, non vi, non clam, non » precario ab illo duxisti, quominus ita ducas vim fieri veto. »

II. « Uti priore aestate aquam, qua de agitur, nec vi, nec clam, » nec precario ab illo duxisti, quominus ita ducas vim fieri veto. »

III. « Inter haeredes emptores et bonorum possessores interdicam. »

§ 1347. In forza di questa disposizione quali sono i rapporti di Diritto che ne nascono? Per ben disceverarli figuriamo un esempio. Pietro tiene un fontanile nel proprio fondo; Paolo ha usato dell'acqua di questo fontanile, attraversando il fondo di Giovanni senza nessuna formale

concessione, nè a titolo perpetuo, nè a titolo precario, del padrone Giovanni. Si domanda se Giovanni per propria autorità possa chiudere il canale scavato da Paolo, ed interdirgli a dirittura il passaggio sul proprio fondo.

Fingiamo che Paolo dica di averne usato per un mese, e che provi la sua asserzione, e provi pur anco di averne usato con iscienza e pazienza di Giovanni. È troppo manifesto che il godimento di Paolo non essendo durato pel tempo conveniente fissato dalla legge, invano egli pretenderebbe di essere nemmeno *provvisoriamente* mantenuto nel suo possesso. Dunque Giovanni senza taccia alcuna di turbato possesso, e senza poter essere accusato di commettere alcuna *via di fatto* riprovevole, potrebbe impedire a Paolo il passaggio sul proprio fondo, ed interdirgli qualunque uso ulteriore dell'acqua medesima.

Fingiamo ora che Paolo avesse condotto per un anno intero l'acqua suddetta, ma non potesse dimostrare d'averne usato con iscienza e pazienza di Giovanni: si domanda se Giovanni potrebbe di propria autorità, e senza essere accusato di commettere una *via di fatto*, far chiudere il canale suddetto, ed interdire a Paolo il passaggio pel proprio fondo.

§ 1348. Anche qui si deve rispondere *affermativamente*. La ragione di questa risposta si trova nella legge medesima. Ivi veggiamo non essere manutenibile nemmeno provvisoriamente un annale possesso, quando non concorrano i requisiti della scienza e della pazienza del padrone, contro il quale s'intende di possedere. Dunque il tempo solo non basta, ma si ricerca eziandio il concorso delle altre qualità; così che mancando esse, o qualcheduna di loro, manca per ciò stesso il fatto fondamentale contemplato dalla legge come condizione d'un possesso manutenibile. Per lo contrario la legge non può allora ravvisare in questi atti possessorii di puro fatto fuorchè atti occulti o precarii, contro i quali è lecito ad ognuno di difendersi, salve le violenze od altre offese personali.

Dunque lungi che nell'operato di Giovanni si possa ravvisare alcuna traccia di turbazione di possesso, o di *via di fatto* biasimevole, siamo anzi costretti trasportare simile taccia nell'operato di Paolo. Questo è appunto il caso nel quale si verifica la regola: *quae de facto sunt, de facto tolluntur.*

§ 1349. Il criterio positivo per dar luogo a siffatta regola consiste nel vedere quale sia il possesso manutenibile almeno *provvisoriamente* dalla vigente legislazione. E qui conviene distintintamente annoverare

le *qualità* ed il *tempo* di questo possesso. Nelle qualità poi conviene distinguere tutti i requisiti positivamente richiesti dalla legge, e pensare che soltanto dal loro simultaneo concorso risulta l'*esistenza legale* di questo possesso; dimodochè, mancando o tutti o qualchednno d'essi requisiti, si deve considerare come se non avesse mai esistito.

§ 1350. Per la qual cosa conviene instituire tante ricerche distinte, quanti sono questi requisiti di fatto voluti dalla legge positiva. Così si deve domandare: 1.° Paolo ha egli posseduto durante un anno, o altro *tempo* voluto dalla legge pel provvisorio possesso? 2.° Paolo ha posseduto palesemente e *con iscienza* almeno presunta di Giovanni? 3.° Ha posseduto per *titolo* almeno asserito o presunto di *padronanza* propria, oppure a titolo *precario* rivocabile a piacere di Giovanni? 4.° Ha posseduto o no senza *contrasto*, opposizione o protesta di Giovanni, ovvero ha fatto ciò colla *contraddizione* del medèsimo?

Tutte queste ricerche si debbono fare, onde dedurre se il possesso di Paolo sia manutenibile almeno *provvisoriamente*, o no. Nel primo caso l'atto di Giovanni fatto o divisato di propria autorità, e senza invocare il ministero dei Tribunali, può divenire riprovevole, e meritare la taccia di turbazione di possesso, ossia di *via di fatto*. Nel secondo caso per lo contrario, lungi d'essere qualificato come illecito, meriterebbe soltanto il nome di *giusta difesa dei proprii diritti*.

§ 1351. Benchè questi dettami nascano dalla natura stessa delle cose, ciò non ostante vengono confermati dall'autorità positiva. Un solo momento di attenzione ai recati testi ne somministra la prova. Quando è mai che il Pretore vieti di usare la forza privata contro una condotta di fatto di un'acqua in conflitto di altri? I testi su recati rispondono da sè stessi. Questo divieto del Pretore ha luogo soltanto quando siano concorse le qualità ed il tempo del quale abbiamo fatto parola. Dunque se non concorre questa condizione, resta aperto il varco ad usare della *privata* autorità, onde impedire o interrompere la condotta suddetta.

§ 1352. Tornando adunque al quesito proposto possiamo concludere, che nell'incominciamento di un possesso, considerato qual modo di acquistare la ragione dell'acquedotto, si può verificare la turbazione di possesso solamente quanto all'acquirente con titolo, dopo che ottenne la effettiva immissione nel possesso della ragione suddetta. Quanto poi ad un acquirente in via di fatti possessorii, la turbazione del possesso provvisoriamente manutenibile si verifica soltanto dopo trascorso un anno di possesso esercitato con iscienza, pazienza e libertà della parte contraria interessata.

§ 1353. Allorchè sia accaduta la turbazione di possesso, ossia la *via di fatto*, e l'avversario non voglia spontaneamente desistere, si dà luogo alla *querela* rispettiva, la quale in sostanza esprime lo spoglio o parziale o totale del possesso, guarentito almeno provvisoriamente dalla legge. Qual'è la conseguenza necessaria di questa querela?

Allorchè si provi il primo estremo del possesso manutenibile almeno provvisoriamente, ed allorchè si provi pure lo spoglio sofferto, il giudice o magistrato destinato deve restituire lo spogliato nel pristino stato, salve tutte le ragioni che potrebbero competere alle parti in petitorio.

§ 1354. La restituzione in intiero dello spogliato o in tutto o in parte costituisce una provvidenza richiesta dal sistema fondamentale della sicurezza, la quale deve necessariamente assumere come punto di appoggio la presunzione, della quale abbiamo già parlato nella Sezione antecedente. Qui non ci estenderemo a parlare del modo col quale si deve procedere, sia nella *restituzione*, sia nella *reintegrazione* provvisoria del possesso tolto o turbato con una via illegittima di fatto, perchè ne dovremo parlare dappoi. Solamente si fa osservare che la ragione pubblica tutelare esige necessariamente questa primaria provvidenza, che viene conosciuta dai forensi sotto il nome di *manutenzione in sommariissimo possesso*, dopo la quale si apre la discussione giudiziaria, sia in petitorio, sia in altra maniera.

CAPO VIII.

Se posto un titolo nullo o una cessione fatta da un terzo non padrone, si possa per privata autorità espellere un incipiente possessore dell'acquedotto.

§ 1355. Restringendo le nostre considerazioni all'incominciamento ossia all'acquisto della ragione dell'acquedotto per via di titolo, si potrebbe domandare se il titolo essendo per sè stesso vizioso o per mancanza di requisiti intrinseci, o per mancanza di formalità estrinseche, il cedente, sia d'una ragione d'acqua, sia d'una servitù di condotta, possa ripigliare di propria autorità il possesso già conceduto ad un acquirente.

Altra quistione. Un terzo non padrone cede, sia un'acqua, sia l'uso della medesima, sia la servitù di un fondo, senza il consenso del vero proprietario. L'acquirente entra in possesso e vi rimane per più di un anno, non violentemente, non clandestinamente e non precariamente, rispetto al vero padrone. Si domanda se il vero padrone possa per pri-

vata autorità espellere l'acquirente, e ripigliare il fatto suo, senza l'intervento della pubblica autorità.

§ 1356. Facile è la risposta a questi due casi. Quanto al primo, è per sè evidente che il possesso da una parte essendo stato preso di consenso, e dall'altra venendo impugnato, non per essere un colpo di mano, ma per vizio del *titolo* traslativo del dominio, esso non può essere rivocato in contraddittorio dalla parte contraria se non col ministero della pubblica autorità. Ognuno vede a primo tratto che qui la quistione è precisamente di *petitorio*. Diffatti in essa si tratta di vedere e di giudicare *se il titolo sia vizioso, o no*.

L'una parte tiene il sì, e l'altra il no; niuna delle medesime può essere giudice in causa propria. Ma se dall'altra parte dalla decisione della validità o invalidità del titolo deve necessariamente dipendere il mantenimento o la rivocazione del possesso suddetto, egli è più che manifesto che questa conservazione o rivocazione non si può praticare che in conseguenza della decisione suddetta. Ma così è, che questa decisione non può spettare nè ad una parte nè all'altra, ma solamente alla pubblica autorità. Dunque è più che manifesto, che trattandosi di un possesso rivocabile unicamente per vizio di titolo, la parte commetterebbe un vero eccesso di potere facendosi giustizia di propria mano. Questa conseguenza non è che uno sviluppamento della nozione propria delle *vie di fatto* riprovate dalle leggi.

§ 1357. Passiamo ora alla soluzione del secondo caso. A prima giunta pare, secondo il senso morale privato, che il padrone che vede, senza suo consenso, disporsi da altri del fatto suo, debba avere la facoltà di rivendicare a dirittura la libertà dei proprii possessi, senz'affaticarsi e senza incorrere spese giudiziarie. Ma considerando la cosa in vista sociale, e consultando il massimo interesse di Stato, che esige di disciplinare i canoni della *sicurezza*, siamo costretti a pronunciare che il vero padrone danneggiato nella guisa sopra esposta deve ricorrere ai Tribunali, onde far togliere lo spoglio, e farsi restituire nel legittimo suo possesso.

§ 1358. Senza questa cautela si aprirebbe il campo a sovvertire per privata autorità, e quindi senza titolo ed anche con frode, gli acquisti fatti legittimamente. Nè vale il dire essere possibile il caso figurato nell'esempio sopra riportato. Questa mera possibilità in faccia alla ragione pubblica non può far derogare al principio generale della sicurezza, poichè al padrone leso e spogliato rimane il rimedio di ricorrere alla pubblica autorità per essere risarcito.

Questa conclusione di ragione pubblica naturale viene avvalorata dai recati testi dell'editto del Pretore. In essi diffatti non si distingue piuttosto un modo che l'altro, col quale taluno conduce un'acqua; ma egli vuole che basti che il conducente abbia ciò fatto *non vi*, *non clam*, *non precario*, durante un anno.

§ 1359. Ma se la legge non distingue caso da caso, persona da persona, ma si attiene al fatto qualificato da lei, è per sè manifesto che anche il vero padrone figurato di sopra deve essere assoggettato alla condizione di tutti gli altri, benchè non sia trascorso ancora il tempo dell'ordinaria usucapione.

Per la qual cosa si può dire che anche in punto di possesso provvisoriamente manutenibile la condizione sia eguale per tutti. Viceversa poi se si desse il caso che il vero padrone tuttavia possessore prima che trascorra l'anno si accorgesse dell'usurpazione fatta dal terzo, egli potrebbe giustamente opporsi ai tentativi dell'acquirente, comunque di buona fede, allegando di essere egli stesso in attuale possesso, e qualificando d'ingiusto e spogliativo qualunque attentato, non manutenibile nemmeno in via provvisoria, praticato dalla parte contraria.

Anzi qui, in caso d'ingiusta opposizione del nuovo acquirente, potrebbe a buon diritto implorare un precetto penale contro le *vie di fatto* che il suo avversario intendesse di praticare, salva la discussione del preteso titolo d'acquisto che questi potrebbe allegare in contrario.

§ 1360. E qui si deve notare la tesi inversa, dalla quale risulta che il possessore attuale, contro del quale anteriormente non si può allegar legge, non può all'ombra di una convenzione non sua essere a primo tratto spogliato, a fronte anche di un solenne ed autentico atto da lui non celebrato; ma doversi all'opposto mantenere le cose *in statu quo* fino a che sia pienamente discussa la quistione del *titolo*, pel quale si vorrebbe spogliarlo sì del possesso che della proprietà.

Anche qui si manifesta sempre più quanto importi di far valere, avanti ogni cosa, la presunzione della legittimità dei possessi a prima fronte non impugnabili, per lasciare indi libera la discussione sul titolo intrinseco che può conservare o togliere siffatto possesso.

CAPO IX.

Applicazioni speciali alle prese di acqua sì private che degli acquedotti pubblici, secondo il Diritto romano.

§ 1361. Il caso testè esposto, e contemplato dall'editto del Pretore, riguarda la *semplice condotta* di un'acqua. Si domanda se la medesima disposizione si possa estendere anche ad una *semplice presa* d'acqua. Si noti bene la natura propria e puramente commerciale di questa specie di godimento dell'acqua, e però a questo luogo si richiamino i dettami altrove esposti.

§ 1362. Consultando i principii del Diritto sì naturale che positivo puramente privato, non possiamo trovare differenza fra le teorie risguardanti la condotta, e le teorie risguardanti la semplice presa di un'acqua. Questa in primo luogo entra come *parte integrante* nella condotta medesima. In secondo luogo poi i modi di acquistarla essendo gli stessi di quelli della condotta in genere, non si potrebbe trovare veruna differenza. Dunque il caso deve decidersi cogli stessi dettami sopra esposti. Anche qui leggiamo una conferma nello stesso editto del Pretore, nel quale si parla del SEMPLICE uso di un'acqua attinta dalla fonte, e però si parla appunto della *presa* stessa dell'acqua. Ecco le parole dell'editto. « Uti de eo fonte, quo de agitur hoc anno, aqua nec vi, nec clam, » nec precario ab illo usus es, quominus ita ea utaris vim fieri veto: de » lacu, piscina, puteo item interdicam. » Questo testo, riportato nella bella edizione intitolata *Edictum perpetuum Adrianeum Guillelmi Ronchinii opera restitutum*, fu tratto dalla legge 1. Digest. *De fonte.* Il trarre acqua da un fonte è per sè manifesto che riguarda la semplice presa di un'acqua, e non la condotta della medesima.

§ 1363. Qui, come ognun vede, si tratta d'una presa d'acqua puramente privata: che cosa dobbiamo dire di quella degli acquedotti pubblici? — A questa interrogazione viene fatta la risposta col seguente testo, tratto anch'esso dall'editto del Pretore. Eccone le parole: « Quo » ex castello illi aquam ducere ab eo cui ejus rei jus fuit permissum, » est quominus ita uti permissum est ducat vim fieri veto. »

§ 1364. Esaminando questo testo, qual è il caso dal medesimo figurato? Qui veggiamo un uomo il quale trae l'acqua da un castello, ossia da una conserva, ma la trae *con permesso.* In questo caso il Pretore vieta qualunque impedimento di fatto contro l'utente, semprechè egli usi dell'acqua nei modi prescritti nella concessione ottenuta. Il divieto

poi viene diretto contro qualsiasi persona, e però comprende tanto il concedente, quanto qualunque altro estraneo pretendente, che turbasse l'utente nell'esercizio del conceduto diritto.

Qui poi non si fa più menzione nè di tempo, nè di qualità di possesso non violento, non clandestino, non precario; ma si prende in considerazione soltanto la concessione ottenuta, fosse pur anche di pochi giorni prima.

§ 1365. Qual'è dunque la tesi generale che ne emerge? Che un concessionario per titolo irrevocabile di un'acqua, fino a tanto che ne usa secondo i termini della concessione, non può essere turbato nell'esercizio della condotta della medesima. Ho detto *per titolo irrevocabile*, e non *per titolo semplicemente definitivo*, nel senso già spiegato altrove (Parte I. Lib. II. Capo XIV.); poichè a fronte del vero padrone, contro il quale possa correre la usucapione, la disposizione suddetta del Pretore, in vista del semplice privato permesso, potrebbe soffrire eccezione. Io non abbisogno di provarlo, dopo le cose dette poco fa.

§ 1366. Posto questo titolo irrevocabile, o almeno posta una condotta di acqua la quale non possa essere mai soggetta a prescrizione, ne viene che qualunque atto o *via di fatto* che fosse tentata od eseguita, deve essere repressa dall'autorità giudiziaria; dimodochè colui che viene turbato debba essere reintegrato; e quando temesse un qualche spoglio, ha diritto di premunirsi con un precetto autorevole giudiziale.

Questa tesi è comune a qualunque concessione fatta da qualsiasi persona, comprese anche le pubbliche; dimodochè in questa parte la legge le comprende tutte.

§ 1367. Il testo suddetto però allude positivamente alle concessioni di acque pubbliche, le quali venivano condotte appunto dal castello, come fu già spiegato a suo luogo. Presso nessun privato si può verificare nella romana giurisprudenza la condotta d'acque qui contemplata dal Pretore, ma essa fu sempre propria soltanto delle acque condotte di pubblica ragione (1).

§ 1368. In questa specie di acque è impossibile figurare verun diritto in un privato utente, senza l'espressa concessione fatta dagl'Imperatori, come a suo luogo fu dimostrato (Parte II. Capo XXVIII.).

(1) Il testo recato fu inteso in questo stesso senso dal celebre Voet *ad Pandectas*, Libro XLIII. titolo 20, n.° 2. « Est et interdi» ctum prohibitorium de aqua PUBLICA ne vis » fiat aquam ducenti *ex castello* seu recepta» culo aquarum publico, unde ad plures aqua » per fistulas defluit. » Leg. 1. § *Ait Praetor* 38-39. Dig. *De aqua quotidiana et aestiva*.



Anzi risulta che puramente personali erano siffatte concessioni, talchè non ammettevano nemmeno la latitudine di diritto che si può dare alle moderne concessioni di acque pubbliche (1). Ad ogni modo però sì per le une che per le altre si può stabilire in linea di principio, che dove non può aver luogo prescrizione di sorte alcuna, non può aver luogo nemmeno un possesso *provvisoriamente* manutenibile, in vista di meri atti possessorii praticati dentro un anno, o altro tempo fissato dalla legge per siffatti possessi.

§ 1369. La ragione è per sè manifesta. Niun atto di semplice tolleranza può far nemmeno momentaneamente aggiudicare il possesso di un bene che di sua natura respinge la maniera di acquistare con un colpo di mano tollerato. Ciò che si verifica del tutto, si verifica di qualunque parte, perchè si tratta della ragione fondamentale e morale, la quale non è divisibile nè per ispazio, nè per tempo. Per la qual cosa nelle acque veramente di destinazione ad uso pubblico non si può trarre fondamento alcuno di possesso manutenibile dalla pubblica autorità, se non che da una formale concessione.

§ 1370. Certamente per cause di pubbliche necessità siffatte concessioni sono rivocabili; ma è vero nello stesso tempo, che queste cause sono o espressamente o tacitamente inchiuse nell'atto stesso di concessione, cosicchè fuori di questa occorrenza il concessionario non può essere in modo alcuno turbato nè da un concorrente, nè dal concedente medesimo.

1371. Qui poi credo inutile di notare, che i privilegi della vera pubblicità sono annessi alla destinazione ed all' uso dell' acqua, e non alla qualità della persona che la possiede. Così presso di noi i navigli navigabili, e destinati principalmente alla navigazione, sono strettamente pubblici, e rivestono i privilegi delle cose veramente pubbliche. Il canale Muzza per lo contrario, benchè appartenga al Demanio principesco, ciò non ostante è per sè stesso un bene di ragione privata, e tutte le controversie rapporto al medesimo devono essere trattate colle regole identiche e competenti alle cose private, e colla parità di maniere che convengono a due pretendenti privati. Ciò risulta dalle cose già esposte anche secondo la vigente legislazione.

---

(1) « Hoc interdictum competit ei soli qui » docet sibi hoc jus ducendi a Principe, cu- » jus solius est concedere, datum esse. » Lege 1. § *Idque* 42. Dig. *De aqua quotidiana et aestiva.* — Et *proprietatis* causam continet. — Leg. 1. § ult. Dig. *De aqua quotidiana et aestiva.* — Adde titulum primum *De interdictis*, n.° 2. — Voet *ad Pandectas*, Libro XLIII. tit. 20. n.° 2.

§ 1372. In questa seconda specie di acque ogni *via di fatto* praticata da qualunque parte riescirebbe veramente illegale e criminosa, come in qualunque altra acqua posseduta da due cittadini privati. Quindi l'autorità giudiziaria in caso di turbato possesso, o di qualunque altra misura presa di propria autorità, dovrebbe far purgare lo spoglio, far risarcire di ogni danno, interesse e spesa la parte turbata, rilasciare precetti penali pecuniarii di non turbare il possessore; ma in ogni caso di pretesa di produrla e discuterla avanti ai Tribunali civili, e d'aspettarne l'ordinaria sentenza.

§ 1373. Nelle acque poi strettamente pubbliche siccome la *parte disponibile* riesce per sè stessa commerciale, come si è già notato a suo luogo, così fuori dei casi contemplati nella investitura il possessore ha un eguale diritto, anche contro il concedente, di domandare la manutenzione nel suo possesso, a meno che non si faccia a dirittura constare avere violati i termini della concessione e i regolamenti vigenti per la retta amministrazione delle acque suddette. Ogni altra disputa *in petitorio* non può mai cominciare dallo spoglio o dalla interdizione, ma deve essere promossa come tutte le altre con domanda regolare.

CAPO X.

Quanto convenisse alla ragione delle acque lo stabilire il possesso annale provvisoriamente manutenibile dalla pubblica autorità.

§ 1374. Considerando attentamente le disposizioni positive risguardanti il mero possesso provvisoriamente manutenibile, noi dobbiamo distinguere il *principio dirigente* dalle *discipline* che ne regolano l'esercizio. Quanto al *principio* troviamo essere perfettamente lo stesso di quello che dêtta le leggi dei possessi di lungo tempo; e questo è appunto il TACITO CONSENSO presunto dalla legge in vista delle tre circostanze della scienza, pazienza e perpetua adesione alle altrui intraprese.

§ 1375. Quanto poi alle *discipline*, troviamo che queste, considerate in astratto, sono puramente di *autorità positiva*, e tutte dipendenti dalla volontà del legislatore. Qui queste discipline per ora si considerano rispetto alla *fissazione del tempo*. Consultando la pura ragione, non troviamo alcun motivo prevalente, pel quale si dovesse stabilire piuttosto un anno, che due o tre, come necessario a fondare possesso *provvisoriamente* manutenibile. Questo motivo dev'essere determinato dal legislatore in vista delle circostanze particolari del dato popolo a cui

presiede; e però non si può sottomettere a verun canone generale di ragione politica o di Diritto.

§ 1376. Quanto al Diritto romano, se da una parte pare che abbia avuto in mira di rendere *diligenti* i possessori di acque nel reclamare la libertà dei loro possessi, dall'altra parte poi in un oggetto tanto necessario, e che la natura compartì a *tutta* la specie umana, non apportò quella *rigida disciplina* che può convenire alle cose *industriali*, ossia mobiliari, le quali rivestono più assai il carattere di privata e *procurata* proprietà.

§ 1377. Questa finezza di discrezione onora il discernimento, ed attesta l'umanità e l'equità del legislatore, il quale, lungi dal trasportare alle acque il regime delle cose mobili, non volle in massima generale erigere in *furto* l'apprensione e la detenzione non acconsentita di un'acqua, ma volle per un anno lasciarne la qualificazione in arbitrio della parte interessata. Con ciò egli ha dato un esempio con quanta prudenza vadano applicati i principii teorici di Diritto, e come vadano accomodati alle esigenze della vita civile. Coloro che sono così ardenti per l'uniformità, coloro che amano di applicare tanto rigidamente le identità, non s'accorgono che talvolta si corre pericolo di trattare la cosa pubblica sul letto di Procuste, e che invece di adattare la regola alle cose, si violentano le cose per sottoporle ad un desolante *assolutismo*. Mia è la terra tale, come mia è la tavola tale; mia è l'acqua tale, come mio è il vino tale: dunque se è ladro, e deve essere incarcerato e fatto servo di pena chi mi spoglia della tavola e del vino, deve essere trattato egualmente chi mi spoglia della terra e dell'acqua. Ecco l'argomento di un assolutista. Ma questo argomento è forse decisivo per un giusto ed illuminato legislatore?

§ 1378. Ora fingasi che *in pratica* si volesse *disciplinare* il principio del *consenso* in fatto di servitù o di possessi immobiliari, come si deve disciplinare in fatto di apprensione delle cose mobiliari: che cosa ne nascerebbe? Il minore degl'inconvenienti sarebbe una giurisprudenza così perplessa, che degenererebbe nell'arbitrario. Per chiarire la cosa ecco un esempio. Pietro ha un fontanile nel suo fondo. Paolo ne trae acqua alla vista di Pietro, che tace. Paolo può provarlo concludentemente. Fingiamo che ciò sia accaduto per due o tre giorni, e che, dopo questi, Pietro faccia chiudere la bocca aperta da Paolo. Questi insorge, e reclama dicendo: Io ho tratta dapprincipio l'acqua senza tua contraddizione; con ciò ho acquistato diritto; tu non puoi rivocarlo senza il mio consenso: dunque ho diritto a continuare; tutti i contratti,

tutti i patti riposano su questo principio. — Tu traesti dapprincipio acqua (risponde Pietro), ed io tacqui; concedo. Dunque tu acquistasti il diritto da te voluto? Nego. Chi, prima di tutto, ti ha detto che col *solo silenzio* si trasmetta un diritto a colui che con un colpo di mano s'impossessa del fatto nostro? Chi poi ti ha detto, che avendo taciuto per l'acqua decorsa in *un giorno*, io volessi tacere ed acconsentire *per sempre?* Il passaggio dell'acqua in te si opera collo scorrere del tempo, e con una serie di quantità successive. Questa trasmissione può essere del pari perpetua che temporanea. E quando è temporanea, può essere di minuti, di quarti d'ora, o di giorni soli. Ciò posto, tutti questi intervalli, tutte queste quantità possono stare da sè, e per ciò stesso ognuna di loro può essere acconsentita, senza che l'altra sia accordata. In mezzo a tutti questi possibili, ognuno dei quali può formare oggetto del mio consenso, chi ti autorizza a sostenere ch'io abbia voluto piuttosto l'uno che l'altro? Fatti certi, concludenti, non equivoci, ossia prove chiare e parlanti ci vogliono per *concretare* uno di questi oggetti. Ora d'onde ricavi tu queste prove concludenti e *indicative?* Forse dal mio silenzio? Egli è come dire che colle tenebre si distinguono le varie persone chiuse in una stanza. Ma se è vero il detto, *nil volitum quin praecognitum*, sarà pur vero che niente si potrà dire acconsentito, se prima non viene concretamente determinato l'oggetto.

§ 1379. In questa disputa il giudice che cosa potrebbe decidere? Primieramente potrebbe decidere, che siccome si presume niuno gettare il suo, così il godimento di Paolo fu meramente *facoltativo*, e per ciò stesso *rivocabile* a piacere, e non può mai in onta di Pietro essere mantenuto col sussidio della pubblica autorità, quand'anche fossero passati giorni, mesi ed anni, fino alla perentoria prescrizione, attesochè la legge non determinò verun possesso *provvisoriamente* manutenibile.

§ 1380. Qual'è la conseguenza di questo sistema? Quella di unire due cose contradditorie nello stesso punto. La prima, di considerare per tanti anni il possesso come *precario;* la seconda di convertirlo, nel punto della mezzanotte dell'ultimo giorno, in *irrevocabile.* Nel sistema romano non è così. Dopo un anno la legge investe effettivamente Paolo nel possesso *a nome proprio*, colla condizione che divenga irrevocabile, quando niuno lo reclami giustamente entro tanti anni. Prima di questa investitura Pietro lo può ricuperare di propria autorità, perchè Paolo non ne fu investito nè dalla legge, nè dall'uomo.

§ 1381. Sia pur vero che nel sistema in cui non si ammette questo annuale possesso come investitura condizionata, dicasi che nel possesso

canonizzabile da prescrizione o da usucapione la cosa non deve essere posseduta violentemente, nè *precariamente*, nè clandestinamente. Tutto ciò non ha il senso della legislazione romana, dalla quale queste condizioni furono tolte. Le leggi suonano secondo il senso che viene loro prestato da tutto il sistema al quale sono unite. Io potrei citare molti e molti esempii di Statuti, i quali essendo stati trasportati ad una nuova legislazione, non producevano più lo stesso effetto di prima.

§ 1382. Sia pur vero, per esempio, che nel possesso suscettibile di prescrizione si richiedono le tre condizioni suddette. Ma io domando definitivamente in qual *senso* e con quale *valore* si riceva il possesso trascorso prima dell'ultimo giorno della prescrizione. Fu egli riguardato sempre simile, o no? Se fu riguardato SIMILE, dunque dopo mesi ed anni era lo stesso come nel *primo giorno*. Ora se nel primo giorno fu riguardato come *facoltativo*, e però come *rivocabile* a piacere e per privata autorità; per ciò stesso incominciò e proseguì colla divisa di *tacito precario*. Ma se proseguì con questa divisa, come potè produrre *prescrizione?*

Resta dunque che nel primo giorno non fosse riguardato come facoltativo, ma come *definitivo*, e come definitivo *contrattuale*, almeno *tacito*. Ma con qual titolo un COLPO DI MANO anche noto, e semplicemente non contraddetto, si potrebbe riguardare come titolo *definitivo contrattuale tacito?* La legge deve dunque acconsentire che si spoglino i galantuomini che tacciono un giorno solo spesso per paura o per impedimento?

Ma se ciò è il colmo dell'assurdo e dell'iniquità, siamo dunque costretti a riguardare l'atto come meramente *facoltativo*. Ma se lo riguardiamo come facoltativo, egli per ciò stesso equivale sempre ad un PRECARIO TACITO, e quindi non può mai ricevere una vera prescrizione.

Ecco in che circolo vizioso avvolge l'inconsiderato e grossolano assolutismo, col quale viene tolto di mezzo il possesso *annale*, od altro incipiente provvisoriamente manutenibile dalla legge. Questa provvidenza, fra gli altri motivi, era indispensabile per abolire l'odiosa forma di un colpo di mano originario, e sostituirvi il titolo plausibile d'una INVESTITURA CONDIZIONATA, come sopra fu avvertito.

§ 1383. Da questo circolo si può uscire, dirà taluno, senza commettere nè iniquità, nè contraddizione; ed ecco come. È vero, o no, che anche un colpo di mano può essere legittimato col mio posteriore *effettivo consenso?* È vero, o no, che questo effettivo consenso può essere sì *espresso* che *tacito?* È vero, o no, che il tacito vale quanto lo espresso, purchè venga concludentemente *provato?* Quante cessioni,

quanti contratti non vengono mantenuti per questo mezzo! Direte voi che qui intervenga iniquità? Dunque se io esigo che gli atti di un possessore vengano approvati coi *segnali certi* del *consenso*, ecco che io esco da ogni contraddizione, da ogni circolo vizioso, da ogni taccia di iniquità.

§ 1384. A tale obbiezione rispondo, che con questo sistema conviene abbandonare intieramente il sistema delle prescrizioni indotte per PRESUNZIONE DELLA LEGGE, onde attenersi ad un sistema di VERITÀ positiva *particolare*, dipendente dagli atti CONCRETI VOLONTARII *dell'uomo*, come si suole fare in tutti gli atti propriamente *contrattuali:* altrimenti si crea un irco-cervo legislativo, atto soltanto a recare imbrogli, e niente più. — Per sentire la verità di questa risposta conviene riflettere che la presunzione legale del consenso, fondata sul *non clam, non vi, non precario* degli atti avversarii, non è che presunzione *generale* o PROVVISORIA di tale consenso, indotta dalla legge. All'opposto il tacito consenso supposto e richiesto da voi non è più presunzione, ma VERITÀ DI FATTO positiva e DEFINITIVA. Diffatti voi agite e concludete come in tutti gli atti di tacita cessione definitivi e traslativi d'immediato diritto. Qui dunque siete nell'alternativa o di ommettere le *prove singolari* del tacito assenso da voi richiesto, o di abbandonare il sistema *presuntivo generale provvisorio*, fondato sul *non clam, non vi, non precario.*

Voler cumulare questi due sistemi egli è lo stesso che volere associare due cose incompatibili, far agire in compagnia due cose che fanno ai calci, prescrivere per norma dei giudizii due cose che si escludono, e far decidere sì e no come piace, e sempre secondo la legge. Sfido la vostra logica a trovare una conciliazione.

§ 1385. Questo motivo, del resto decisivo per la logica morale, pare non essere stato il solo che abbia mosso la romana legislazione a stabilire l'investitura condizionata, operata coll'annale possesso esercitato con iscienza e pazienza di un proprietario. La ragione più possente sembra quella di combinare i favori del buon vicinato coll'esercizio degli atti contrattuali. Mi spiego. Se ad ogni primo cenno dell'uso fatto da altri o della tua acqua o del tuo terreno, tu avessi temuto di permettere ad altrui un *titolo* usurpativo, sarebbe stato troppo naturale lo svegliare il timore di nuocere a' tuoi interessi, sia con una sottrazione di proprietà, sia coll'assoggettamento ad una servitù degradante il proprio fondo. Per lo contrario collo stabilire che dentro l'anno ogni proprietario non possa temer nulla di tutto questo, egli può di buon grado accordare al vicino un favore passaggiero, a cui non vede annesso peri-

colo alcuno. Oltre l'anno poi si comincia a *travedere* una dichiarata volontà o di trasferire un diritto, o di compensare un' obbligazione; e però la legge deve intervenire a proteggere un presunto diritto incipiente, aspettando dal tempo o dalla contraddizione giudiziaria di decidere il dubbio insorto.

§ 1386. Dove la terra vale poco, e l'acqua niente, si possono trascurare senza grave inconveniente questi raffinati temperamenti. Ma in questa posizione si dovrebbe congetturare che la popolazione o sia ancora ben rada, o sia bene indietro da quello stato di fervida agricoltura, la quale suol essere sempre il segnale di una innoltrata civiltà. Se una bassa ed ingorda *crisologia* avesse presieduto ai dettati dei Romani, come presiede a quelli di una mercantile economia, noi troveremmo forse qualche atomo perduto per la cassa e pei guadagni. Ma i Romani amando associare la giustizia ad una innocua cordialità, pensarono che fra i rigori stessi del civile Diritto si potessero ammettere le facilitazioni di un uso amichevole delle acque e delle terre. Ciò si conferma pensando che a' tempi nei quali furono scritte le leggi sopra riportate, la popolazione era ridondante, e le terre erano ad un alto prezzo, come si vede dalle storie.

CAPO XI.

Osservazioni sulle vie di fatto *che possono colpire l' effezione, la conservazione e l' uso dell' acquedotto.*

§. 1387. Fin qui abbiamo parlato del divieto delle *vie di fatto* risguardanti l' incipiente possesso della ragione dell'acquedotto. Ma ognuno sa che dopo l'acquisizione esiste l' *effezione*, la *conservazione* e l' *uso* del medesimo. In tutte queste parti possono accadere *vie di fatto*, perchè da per tutto possono essere disturbate tanto le operazioni di chi possiede l' acquedotto, quanto le ragioni sia del concedente la terra o l' acqua, sia degli altri cointeressati vicini.

§ 1388. Si badi bene: l' oggetto materiale delle *vie di fatto* può esistere sempre in tutte queste parti, poichè l' *esercizio* della ragione dell' acquedotto qui viene considerato nella sua parte *esterna*, e però in un complesso di *atti fisici* esercitati dalla forza sopra le cose esterne, o contro le persone, all' occasione di effettuare sia la costruzione, sia la conservazione, sia l'uso dell' acquedotto medesimo. In breve, si tratta di prevenire l' uso della forza sregolata, e di prevenirlo nell' esercizio stesso della medesima.

§ 1389. Questa osservazione deve tenersi perpetuamente presente nelle quistioni della ragione *tutelare* in materie di acque, perocchè i rapporti morali di Diritto si suppongono già preesistenti per regolare soltanto gli atti esterni ad oggetto di guarentire la comune sicurezza e la libertà di esercitare i proprii diritti. Le quistioni di Diritto attributivo appartengono propriamente al *petitorio*, ossia a quei giudizii nei quali si discute il titolo del diritto. Per lo contrario le quistioni di ragione tutelare appartengono al *possessorio*, ossia a quei giudizii nei quali si tratta di conoscere il fatto del possesso medesimo.

Premesse queste considerazioni, si tratta di vedere quali siano le disposizioni di ragione e di autorità del Diritto romano risguardanti l'*effezione*, la *conservazione* e l'*uso* dell'acquedotto sotto l'aspetto ora presentato, ossia in via di esercizio estrinseco. Incominciamo dalla *effezione*.

CAPO XII.

Se, secondo il Diritto romano, possa aver luogo per parte del concedente verun impedimento per privata autorità nel designare la via dell'acqua, o nel determinare la distanza.

§ 1390. Premetto come ipotesi, che sia fatta la reale o simbolica tradizione del possesso o quasi possesso del fondo serviente o dell'acqua da derivarsi, poichè senza quest'atto nel Diritto romano non si poteva passare ad *effezione* alcuna, come fu già dimostrato a suo luogo (1). Premetto che s'incominci dalla funzione di *eleggere* il luogo, e designare la via dell'acqua. Ora qui si possono figurare due casi: il primo, che sia stato convenuto questo luogo e concordata questa via dell'acqua; il secondo, che sopra tale articolo nulla sia stato precisamente stabilito.

§ 1391. Nel primo caso ognuno vede che l'esecutore dell'acquedotto, se per privata autorità del concedente fosse disturbato, l'esecutore suddetto avrebbe diritto di difendere la propria e la conseguente libertà, giusta i principii sopra stabiliti. Ma che cosa dovremmo dire nel caso che non gli fosse stato concordemente designato il luogo e la via dell'acqua? Qui conviene richiamare, che siccome il diritto di elezione spetta all'acquirente della servitù, come fu veduto nel Capo IV. del Li-

(1) Parte II. Libro III. Capi I. II. III.

bro III. della Parte II., così per parte del conducente si commetterebbe una *via di fatto* riprovevole, s' egli volesse impedire l'elezione del luogo e della via dell' acqua da praticarsi dall' acquirente.

§ 1392. Ma qui insorge una difficoltà. È vero che questo diritto di elezione spetta all'acquirente suddetto; ma è vero del pari ch'egli deve esercitarlo col minore detrimento del fondo serviente. *Minore servientis fundi detrimento*, dice la legge romana, allegata nel detto paragrafo. Ciò posto, se al padrone del fondo, nel quale dev'essere tracciata la via dell' acqua, sembrasse che la condizione del minor danno non fosse stata rispettata, si domanda s' egli *di privata autorità* potrebbe opporsi all' opera intrapresa senza incorrere nella taccia di praticare una *via di fatto* illegale.

§ 1393. A tale quistione facile è la risposta, consultando sì la ragione, che la stessa legge romana. È indubitato che l'acquirente della ragione dell' acquedotto ha diritto, dopo l' immissione ossia tradizione, di eleggere la via suddetta dell' acqua, e quindi d' assoggettare il rispettivo terreno necessario. Dunque *in massima* l'opposizione del cedente sarebbe ingiusta, spogliativa, e contraria ai termini del contratto; dunque è chiaro che la quistione si concentra solamente sul *modo* di esecuzione. Ma questo modo non è lasciato in balìa del concedente della servitù, ma bensì dell' acquirente, colla condizione soltanto di effettuarlo col minor danno. Ma nello stesso tempo la legge non ha *costituito giudice* il cedente medesimo del quando ciò si verifichi, o no. Dunque per ciò stesso la legge volle che in contraddizione coll' acquirente la decisione stia in mano della *pubblica autorità*. Dunque trattandosi di questo semplice modo, onde farlo riuscire di minor danno al fondo serviente, il cedente della servitù usurperebbe evidentemente un' autorità non sua, e praticherebbe realmente una *via di fatto* riprovevole, allorchè per privata autorità si opponesse all' operazione dell' esecutore dell' acquedotto. Dunque ne viene, che nel caso che questo esecutore eccedesse il limite generale accordatogli dalla legge, e non volesse eseguir l' opera a minor danno, il cedente dovrebbe impetrare dall' autorità giudiziaria un divieto a sospendere l' opera finchè dal giudice, sia coll'opera dei periti, sia altrimenti, fosse decisa la controversia, stabilito il luogo positivo, e le maniere che furono in qualunque modo dimenticate od ommesse nel contratto originario.

Per la qual cosa, quantunque si fingesse che la legge romana non abbia parlato di questo caso preciso, ciò non ostante converrebbe affermare che anche rapporto a questo debbono aver luogo i soliti interdetti

di non usare opposizione, o d'impedire *per privata autorità* la primitiva *effezione* della via dell'acqua nell'ipotesi ora figurata.

§ 1394. La seconda ispezione, risguardante l'*effezione* originaria dell'acquedotto, ha per oggetto la *distanza* da tenersi da un altro acquedotto. Ma su questo particolare non si potrebbe trovar traccia d'alcun interdetto romano, attesochè circa tale distanza realmente non fu provveduto, come fu già dimostrato nel Capo VI. Libro III. Parte II. della presente Opera. Rimane dunque a vedere che cosa sia stato ordinato rispetto alla *conservazione* ed all'*uso* dell'acquedotto medesimo.

CAPO XIII.

Quali siano i principii di ragione e del Diritto romano risguardanti la tutela delle funzioni CONSERVATORIE *dell'acquedotto.*

§ 1395. Comincio dalla *conservazione.* Quest'argomento merita una speciale attenzione, stantechè sopra esso sogliono accadere per lo più le quistioni risguardanti le così dette *novità*, le quali o a diritto o a torto sogliono sempre somministrare motivo di contrasto ai capricci dei possessori, e pascolo di guadagno ai forensi ed agl'ingegneri. Ciò avviene facilmente, perchè si sogliono confondere le novità materiali colle novità giuridiche. Le prime si verificano con qualunque opera nocua od innocua, fatta intorno ad un acquedotto, per la quale si modifica il suo stato attuale. Le novità giuridiche per lo contrario non si verificano se non quando si faccia qualche cosa che offenda l'interesse, ossia meglio il diritto del terzo. Pertanto in senso legale la parola *novità* involge un concetto d'ingiustizia, ossia di lesione del diritto del terzo. In senso di *fatto* per lo contrario non involge a dirittura questo concetto; ma, come in tutte le altre azioni della vita sociale, altro non presenta che un fatto, il quale può essere del pari innocente, che ingiusto. Dunque ciò che decide in Diritto non è la *materiale* diversità o novità di un fatto, ma la sua *relazione* coi dettami di ragione. Il padrone di una bocca d'acqua munita di cateratta vi appone un chiavistello assicurato con chiave, che prima non v'era. Ecco una novità *materiale.* Si dirà forse che questa sia una novità *legale?* Ci vorrebbe il colmo dell'ignoranza o della mala fede per sostenere l'affermativa.

§ 1396. Qual è, di grazia, il CRITERIO LEGALE che distingue una novità lecita da una illecita? Si consulti la ragione e le leggi positive, e si troverà che per parte del padrone del fondo dominante la novità illegale consiste nel fare qualche cosa che possa *aggravare* la servitù; e vice-

versa per parte del padrone del fondo serviente consiste nel fare qualche cosa che *impedisca* l'uso pieno, libero e proficuo della servitù convenuta. Il secreto principio reggitore di questo criterio è sempre quello di *pareggiare* le utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà. L'ultimo punto poi di paragone, onde decidere, è l'*eguaglianza* perfetta fra le due parti; dimodochè, oltre il convenuto, niuna delle due debba soffrire qualche detrimento per opera dell'altra.

§ 1397. Applicando questa massima alla condotta delle acque, troviamo che le leggi romane si sono conformate esattamente a tale criterio. In conseguenza di ciò hanno stabiliti gl'interdetti rispettivi tanto pei dominanti, quanto pei servienti, onde guarentirne i rispettivi diritti contro gli atti nocivi praticabili sì dall'una che dall'altra parte. In conseguenza di questi interdetti si possono distinguere le *vie di fatto* sì dall'una che dall'altra parte, e quindi dedurre le regole della ragione tutelare contenziosa su tale proposito.

§ 1398. Per ben intendere questa parte, ed evitare eziandio inutili ripetizioni, invito il lettore a rileggere la Sezione II. del Libro IV. della Parte antecedente, nella quale fu trattato delle cause conservanti l'acquedotto. Più ancora: mi conviene far ben riflettere ad una doppia dottrina risguardante la conservazione della ragione dell'acquedotto, la quale, secondo il Diritto romano, deve ritenersi nelle quistioni giudiziali in fatto sia di esercizio ordinario, sia di pretese novità illecite. Questa doppia dottrina è quella che riguarda tanto l'acquedotto acquistato con titolo sia definitivo, sia irrevocabile, nel quale si comprende anche la lunga prescrizione, quanto la ragione di essere mantenuto nel provvisorio possesso fino a ragione conosciuta in petitorio. I dettami esposti nella detta Sezione abbracciano l'uno e l'altro possesso, poichè hanno avuto in vista il diritto fondamentale, anzichè il regime giudiziario, cui conviene osservare per non compromettere la comune sicurezza.

§ 1399. Nel Diritto romano, trattandosi della conservazione dell'acquedotto, le leggi hanno pareggiato l'esercizio del possessore provvisoriamente manutenibile a quello del possessore sia con titolo, sia con prescrizione perentoria. Per la qual cosa questo possessore provvisoriamente manutenibile, al pari del possessore irrevocabile, può purgare, ristaurare, e fare tutto ciò ch'è necessario alla conservazione dell'acquedotto; a differenza del possessore manutenibile nel passaggio o nell'uso di una strada o di un sentiero, al quale la restaurazione della strada viene interdetta nell'atto pure che a lui viene conceduto il pas-

saggio medesimo. Io non abbisogno di provare questa differenza colle altre servitù provvisoriamente manutenibili, e questa parità colle servitù titolate o guarentite da prescrizione perentoria, dopo ciò che ne ho detto nel Capo XV. del detto Libro IV. Parte II.

§ 1400. Quest' annotazione era necessaria a premettersi, affinchè il lettore potesse sapere quali siano i dettami particolari risguardanti la tutela contenziosa, sia provvisoria, sia perpetua, applicabili secondo il Diritto romano. Ritenuta la massima d'un'opera *necessaria* alla conservazione dell' acquedotto, la differenza cade nell'ordine generale dei giudizii, e nulla più. Tutto ciò dunque ch' è permesso o vietato fra i possessori irrevocabili durante il loro possesso in fatto di atti *necessarii* alla conservazione dell' acquedotto, è del pari vietato o permesso ai possessori provvisoriamente manutenibili. Parimente tutto ciò ch' è vietato o permesso ai padroni o interessati in contrario contro i possessori irrevocabili, è pure vietato o permesso contro i possessori provvisoriamente manutenibili. Dunque i rimedii della ricupera o della reintegrazione del possesso tolto o turbato hanno luogo sì per gli uni che per gli altri; dimodochè i giudici non debbono esitare nel pronunciare i rimedii stabiliti dalle leggi. La sola differenza fra gli uni e gli altri nasce nel giudizio *posteriore* a quello della provvisoria manutenzione. Infatti quei possessori che mostrano o un titolo formale o un possesso guarentito da prescrizione perentoria, vengono *perpetuamente* mantenuti nel possesso ristabilito o reintegrato. Quelli per lo contrario che nel giudizio successivo non possono mostrare nè questo titolo nè questa prescrizione, vengono espulsi dal possesso a loro provvisoriamente accordato, per far ragione al legittimo ed incommutabile proprietario.

§ 1401. Ma tutto questo non cadendo che sopra una operazione giudiziaria *successiva*, non deve confondersi *anticipatamente* colle operazioni della manutenzione provvisoria; dimodochè quand' anche la parte contraria volesse anticipare le sue ragioni di merito, il giudice non deve lasciarsi tentare o sedurre dalle presunzioni anticipatamente in lui ingerite, ma deve in ogni modo rimettere le considerazioni e le conseguenze di queste presunzioni ad una sede separata di giudizio da intentarsi dalla parte interessata, e decidere invece il solo punto della provvisoria manutenzione, come se ignorasse perfettamente tutto ciò che può essere prodotto nel successivo giudizio petitorio, nel quale intendiamo di comprendere sia quello ch' è fondato sopra un' acquisizione titolata, sia quello ch' è fondato sopra una prescrizione perentoria. Premessa questa dichiarazione e cautela, passiamo ora a vedere che cosa

abbiano disposto le leggi romane rispetto ai divieti ed agl' interdetti risguardanti gli atti particolari e concreti concernenti la conservazione dell' acquedotto perpetuamente o provvisoriamente manutenibile.

CAPO XIV.

Dell' interdetto romano ai padroni dei fondi servienti di praticare sul proprio *opere nocive alla libera condotta dell' utente dominante. Se qui possa aver luogo la regola:* quae de facto fiunt, de facto tolluntur.

§ 1402. Che cosa fu disposto rispetto al padrone del fondo serviente in relazione al possessore dell'acquedotto? Si richiami qui ciò che fu detto nel Capo XI. del detto Libro IV. Parte II. « Labeo putat per hoc » INTERDICTUM (dice la leg. 1. § 27. Dig. *De aqua quotidiana et aestiva*) » prohiberi quem ne quid in illo fundo faciat, fodiat, succidat, putet, » aedificet; quare ex re ea aqua, quam ille *hoc anno* per fundum tuum » sine vitio duxit, inquinetur, vitietur, corrumpatur, deterior fiat. » Io prescindo dallo spiegare i termini particolari di questo passo, rimettendomi al detto Capo XI. Invece domando in primo luogo a quale *interdetto* qui si alluda. Consultando le prime parole della legge, noi troviamo il passo dell' editto del Pretore espresso come segue: « Uti hoc an» no aquam, qua de agitur, non vi, non clam, non precario ab illo du» xisti, quominus ita ducas vim fieri veto. » Se la sentenza di Labeone, ch'è pur quella di Ulpiano e della legge, fu (colla enumerazione di non fare, di non iscavare, di non piantare, tagliare, potare, edificare in modo che venga alterato, sia il corpo, sia il corso libero dell'acqua) di spiegare l' editto del Pretore, egli è per sè manifesto che Labeone volle indicare i modi coi quali si turba illecitamente l' uso, ossia la legittima condotta dell' acqua medesima. Il *vim fieri* indicato dal Pretore indica appunto *tutti gli atti contrarii*, ossia meglio tutti i fatti praticati da chicchessia contro l' *integrità* e *libertà* della condotta delle acque.

Dunque è per sè manifesto che lo scavare, piantare, tagliare, potare, edificare, o praticare altri atti simili per parte del padrone del fondo serviente, non diventa cosa illecita, e quindi novità riprovevole, se non in quanto impedisce o nuoce all' esercizio pieno ed integro dell' acquedotto competente al possessore del medesimo.

§ 1403. Questi atti vengono designati quali *vie di fatto* colla frase *vim fieri*. Come tali adunque devono essere considerati anche dai tribunali di giustizia, e però essi danno giustamente luogo alla querela di

turbato possesso, ed in conseguenza devono essere tolti, secondo le regole già esposte. Se per un momento riflettiamo al principio direttivo, noi troviamo che tutti questi particolari non sono che altrettante conseguenze del principio canonizzato da tutte le leggi, che, accordato l'uso della servitù, restano vietati tutti gli atti contrarii, e viceversa s'intendono accordati tutti i mezzi necessarii ad effettuare l'uso già conceduto.

§ 1404. Qui si potrebbe porre la quistione, se il possesso dell'acquedotto possa togliere di privata autorità gli ostacoli turbativi del proprio possesso, e così, per esempio, otturare uno scavo pernicioso, strappare una piantagione nocevole, atterrare un manufatto o un edificio che alteri la condotta primitiva, e così discorrendo. Intorno a tale quistione osservo che Ulpiano alle parole del Pretore soggiunge: « Hoc interdictum prohibitorium et interdum restitutorium est. » Con tale indicazione ci avverte che gli atti difensivi del proprio diritto per parte dell'utente della servitù non si debbono praticare di privata autorità, ma bensì per mezzo dell'autorità giudiziaria stabilita. Diffatti in materia di servitù si suppone che il fondo serviente oltre i limiti del terreno sul quale la servitù viene esercitata, sia non solamente d'altrui proprietà, ma eziandio d'altrui possesso. Dunque non potrebbero competere all'utente della servitù i diritti *originarii*, che sono esclusivamente proprii dell'assoluto *proprietario* del fondo suddetto. Dunque realmente egli pretenderebbe di esercitare sul fondo altrui il diritto della privata tutela competente al proprietario suddetto, e ciò per solo privato proprio giudizio. Ma nel sistema sociale delle proprietà ciò riesce incompatibile colla reciproca pace e sicurezza. Diffatti allorchè consideriamo taluno *esclusivo* proprietario di un dato fondo, noi presumiamo per ciò stesso in suo favore la piena libertà, e quindi il diritto ingenito della medesima. Non è così quando figuriamo una servitù derivante dal tacito o espresso consenso; stantechè non si conoscono i limiti di queste servitù, e quindi non si può presumere la giustizia o ingiustizia dei singoli atti praticabili dal padrone del fondo serviente, come nemmeno quelli praticabili dal padrone a cui compete la servitù.

§ 1405. Per la qual cosa il buon ordine pubblico esige che agli atti accusati di *turbazione di possesso* venga rimediato non di privata autorità, ma soltanto coll'intervento del potere giudiziario stabilito a tale oggetto. Questa distinzione era importantissima per temperare il solito proverbio legale: *quae de facto fiunt*, *de facto tolluntur*. Pare certamente che considerandosi le turbazioni sofferte dall'utente della servitù,

il solo rimedio legittimo a lui competente sia quello del ricorso ai relativi tribunali.

§ 1406. Questa conclusione viene energicamente confermata considerando la natura propria degli atti, contro i quali si volesse movere querela. È vero, o no, che questi atti, considerati nel loro fatto materiale, possono essere del pari innocenti che dannosi? Noi lo abbiamo già veduto. Dunque colla semplice enunziativa di piantare, e così discorrendo, essi non involgono la prima presunzione della loro illegittimità. Essi risultano riprovevoli solamente quando riescono di ostacolo all'intiero e libero esercizio della ragione acquistata della condotta dell'acqua. Ma questa circostanza essendo avventizia e di puro fatto particolare, resta dubbio se esista o non esista, a meno che non ne consti per prova chiara e concludente. Dunque la pubblica autorità non può anticipatamente *presumere* la qualità nociva intesa dal possessore della servitù, ma deve attendere ch'egli ne alleghi le prove. Dunque lungi dal potersi rimettere al di lui particolare giudizio, essa dee vietare qualunque reazione di privata autorità per parte del possessore medesimo, a favore del quale non milita alcuna presunzione nè generale, nè particolare. Così nel caso che taluno si asserisce creditore di un altro, la legge non gli permette di farsi giustizia di propria mano.

§ 1407. Torniamo alle parole dell' editto del Pretore. *Uti hoc anno aquam, qua de agitur, duxisti etc.*, dice l'editto. Che cosa rileviamo qui? Noi rileviamo trattarsi di una condotta provvisoriamente manutenibile, e quindi d'un possesso sommario, il quale a causa conosciuta in ulteriore giudizio può essere canonizzato come definitivo o perpetuo. La cosa è per sè evidente dalla frase *uti hoc anno*. Dunque ne viene che le *vie di fatto*, ossia la turbazione dell'esercizio dell'acquedotto mediante gli atti già noverati per parte del padrone del fondo serviente, sono vietate direttamente, e principalmente contro i possessori provvisorii dell'acquedotto medesimo; *a fortiori* poi contro i possessori titolati, o guarentiti da prescrizione perentoria. Dunque col testo positivo della legge si conferma la tesi già da noi proposta nel Capo antecedente.

CAPO XV.

Dell' interdetto romano a qualunque interessato a vietare o turbare il libero spurgo o ristabilimento, *sia della via, sia del capo dell' acqua. Divieto agli interessati in caso di novità dell' utente di farsi giustizia di propria mano.*

§ 1408. Fin qui abbiamo contemplato uno dei modi coi quali il padrone del fondo serviente può turbare l' esercizio dell' acquedotto. Dico *uno dei modi*, perocchè questo stesso esercizio può essere turbato anche ostando *direttamente* agli *atti personali*, i quali si possono esercitare dal padrone medesimo della servitù. Qui trattiamo solamente degli atti risguardanti la *conservazione diretta* dell' acquedotto. Tali sarebbero, per esempio, la PURGAZIONE, la RISTAURAZIONE, la RIFORMA necessaria dell' acquedotto, e così discorrendo.

§ 1409. È per sè manifesto che ogni impedimento, ogni *via di fatto*, la quale tolga le opportune facoltà all' utente della servitù, costituisce una *via di fatto* riprovata dalla legge, e che dev' essere necessariamente repressa. Dunque gl' interdetti contro le turbazioni del padrone del fondo dominante, e di qualunque altra persona contro il possessore della servitù, si debbono intendere necessariamente estesi ed anzi molto più efficaci contro questi impedimenti *personali.*

§ 1410. La legislazione romana ha sanzionato in particolare questa conclusione sì rispetto alla condotta, che rispetto alla presa dell' acqua. In prova di ciò leggansi le due seguenti parti dell'editto del Pretore. « Ri» vos, specus, septa reficere, purgare, aquae ducendae causa quominus » liceat illi dum ne aliter aquam ducat, quam uti priore aestate non vi, » non clam, non precario a te duxit, vim fieri veto » (1).

§ 1411. Leggendo questo passo, noi troviamo ch'egli si riferisce all'oggetto proprio della *condotta* dell' acqua. La frase *aquae ducendae causa* ivi annunziata lo manifesta pèr sè stessa. La condizione poi annessa, *dum ne aliter aquam ducat, quam uti priore aestate etc.*, mostra abbastanza che il divieto del Pretore contro gli ostacoli opposti alla purgazione ed alla ristaurazione del canale ha luogo soltanto allorchè l'utente non commette per parte sua *novità* nella condotta dell' acqua.

§ 1412. Dunque il senso dell'editto si riduce alla seguente forma: « Semprechè l' utente del canale non pratichi novità per parte sua,

---

(1) Questa parte dell' editto perpetuo, raccolto dal Ranchinio, fu tratta dalla leg. 1 § 29 Dig. *De rivis.*

» resta proibito di turbarlo, allorchè voglia purgare o ristaurare il suo » canale. » Poste diffatti queste condizioni, si commetterebbe una *via di fatto* riprovevole per parte di chiunque tentasse impedire la purgazione o la ristaurazione dell' acquedotto. Dunque sì il padrone del fondo serviente, che qualunque altro, si rende reo di *turbato possesso*, allorchè si oppone o frastorna in qualunque maniera le funzioni conservatorie della purgazione o ristaurazione dell' acquedotto. Dunque in questa ipotesi il possessore o utente del canale ha diritto di porgere querela contro la turbazione o il divieto di queste funzioni conservatrici. Dunque il giudice è tenuto a reintegrare o a far togliere l' indebita opposizione, sia del padrone del fondo serviente, sia di qualunque altro interessato.

§ 1413. Abbiamo notato che il Pretore guarentisce l' utente nell'esercizio delle sue funzioni conservatorie, semprechè egli stesso non commetta novità. Qui si può presentare una quistione, la quale pur troppo i pretesi danneggiati da siffatte novità sogliono cogliere per esercitare la privata violenza. Il Pretore, dicono essi, ha proibito le *vie di fatto*, semprechè l' utente non faccia novità: dunque saranno permesse le *vie di fatto* allorchè l' utente commetta siffatte novità.

§ 1414. Qui si risponde concedendo l'antecedente, e negando la conseguenza. Altro è dire che il Pretore guarentisca le funzioni conservatorie all'utente semprechè non commetta novità; ed altro è dire che permetta la *privata* violenza allorchè in ipotesi fossero state praticate siffatte novità. Chi disse alle persone lese, o che si pretendono offese per asserite novità: voi sarete giudici ed esecutori in punto di novità praticate nel purgare o ristaurare un canale? A questa formola si riduce in sostanza la pretesa d' impedire per propria autorità di purgare o ristaurare un canale sotto pretesto di novità commesse dall' utente. Ma come mai potrebbero gli oppositori giustificare questa formola, e conciliarla colle altre disposizioni della legge medesima? Forsechè il Pretore nega di dare ascolto ai reclami dei padroni o di altri interessati lesi dalle novità commesse da un utente nel purgare o ristaurare l'acquedotto? Non mai. Egli anzi tiene sempre aperte le porte ai giusti reclami di qualunque interessato. Ciò posto, senza implicare una formale contraddizione, non si può autorizzare la *privata* violenza commessa a fronte di una vera o supposta novità nella purgazione e refezione del canale, stantechè, reso giudice ed esecutore il privato, sarebbe stato assurdo e ridicolo l' interdetto del Pretore.

§ 1415. Dall' altra parte poi in linea di ragione legislativa sarebbe riuscito assurdo accordare al padrone o ad altri interessati la privata

facoltà di far togliere per fatto proprio le pretese novità. Imperocchè la prima presunzione che si presenta si è: l'utente avere un diritto positivo ed irrefragabile di purgare o di restaurare l'acquedotto. Contro questo diritto nulla può ostare. L'abuso ch'egli ne può fare è un *quid facti* puramente accidentale, che si deve provare *in particolare*, onde impedire il diritto a lui competente in forza della natura stessa delle cose. Questa prova speciale non soffre eccezione in nessuna materia contenziosa; talchè mancando essa, il possessore non può essere turbato. Ma se dall'altra parte è vero che la novità non si *presume* mai per sè stessa, e che in contradditorio della parte dev'essere concludentemente provata, ne viene la necessaria conseguenza, che mai e poi mai sotto il pretesto di novità nessuno potrà farsi giustizia di propria mano allorchè si tratti di servitù, ma dovrà invece necessariamente ricorrere all'autorità del giudice.

§ 1416. Violenze adunque riprovevoli e punibili sono tutte quelle che pur troppo vengono ripetute contro un utente che purga o ristaura un canale, allorquando di propria autorità o s'impedisce ch'egli prosegua nell'opera, o si fanno di nuovo ricolmare gli scavi fatti, e ributtare le materie già estratte, o demolire l'opera fatta, e così discorrendo. Queste petulanze sotto un ben regolato Governo non sono tollerabili nè punto nè poco, e rimangono impunite soltanto là dove un prepotente può far paralizzare o torcere la giustizia. La pace pubblica per lo contrario esige di reprimere esemplarmente questi eccessi, fecondi pur troppo di ulteriori perniciose conseguenze.

§ 1417. Sopra ho accennato il Pretore avere provveduto anche per una presa d'acqua, ossia meglio pei lavori di conservazione, onde assicurare la *presa* medesima. Tali sono appunto la purgazione e la ristaurazione del capo dell'acqua, sia esso un fontanile, un canale dispensatore, o finalmente il tronco primario di un canale derivatore, il quale venendo ripartito fra più padroni, tiene luogo di capo dell'acqua. A tutti questi oggetti venne provveduto col seguente interdetto. « Quominus fontem, quo de agitur, purges, reficias, ut aquam coercere utique » ea possis dum ne aliter utaris, atque uti hoc anno non vi, non clam, » non precario ab illo usus es vim fieri veto » (1).

§ 1418. Io m'astengo dall'esaminare la disposizione di questo interdetto, perchè dovrei ripetere esattamente quanto ho già avvertito poco fa rispetto a quello della condotta, o, a dir meglio, della purgazione e

(1) Questo passo, riportato dal Ranchinio, fu tratto dalla leg. 1. § 6. Dig. *De fonte*.

ristaurazione dell'acquedotto. Qui giovami soltanto far osservare l'identità di provvidenza che le leggi romane posero fra i lavori conservatorii della *condotta* e della *presa* dell'acqua, talchè le specificazioni fatte servono soltanto onde prevenire ogni esitazione per parte dei giudici nell'applicare ad oggetti materialmente diversi un' identica disposizione di Diritto.

§ 1419. Più ancora osservo, in fatto della tutela contenziosa risguardante la purgazione e conservazione, sia dei canali di derivazione, sia di quelli di dispensa, e così pure dei fontanili, non essere mai permesso usare della regola: *quae de facto fiunt, de facto tolluntur;* ma chiunque crede d'essere stato leso per qualche novità commessa nell'esercizio di queste funzioni conservatorie, dovere, sotto pena d'essere punito per privata violenza, ricorrere all'autorità giudiziaria competente.

CAPO XVI.

Delle novità in fatto di riforma dell'acquedotto per parte dell'utente dominante, secondo il Diritto romano. Criterio per giustificarle o riprovarle.

§ 1420. Le cose fin qui esposte risguardano la tutela delle funzioni conservatorie dell'acquedotto, competenti all' utente e padrone dello stesso acquedotto, onde guarentirlo dagli attentati altrui. Esse esprimono adunque la protezione accordata dalle leggi al libero esercizio tanto della condotta diretta, quanto della purgazione e refezione sì della via, che del capo dell'acqua. Ma la legge, la quale vuole salvi gl'interessi di *tutte le parti*, pensò anche a guarentire i diritti de' *padroni* dei fondi *servienti*, e di qualunque altro interessato, contro le novità che potessero venire praticate per parte degli utenti padroni dell'acquedotto, in aggravio e pregiudizio dei padroni medesimi del fondo serviente, e di qualunque altro interessato. Senza questa cautela da una parte e dall'altra la legge non avrebbe soddisfatto al suo scopo finale di pareggiare fra i privati l'utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà.

§ 1421. Egli è per ciò che, esaminando le leggi romane, noi troviamo le particolareggiate disposizioni risguardanti queste novità praticabili per parte degli utenti a danno o in aggravio dei padroni del fondo serviente, o di altri interessati. Le novità di cui qui parliamo cadono appunto sulle funzioni così dette *conservatorie* dell'acquedotto, e non sul rimanente delle funzioni colle quali si esercita la ragione delle acque. Per quello che concerne i principii generali delle novità, io mi rimetto a quanto ne ho già detto al Capo VIII. dell'antecedente Parte.

Qui restringendomi alle funzioni *conservatorie*, le quali nell'ordine della nostra divisione stanno frammezzo all' *effezione* ed all' *uso* dell' acquedotto, mi giova osservare, secondo il Diritto romano, quanto segue.

§ 1422. Primieramente conviene premettere e tenere sempremai presente la distinzione capitale tra le facoltà competenti ad un possessore titolato o munito di prescrizione perentoria d'un acquedotto, e quelle competenti al possessore annale non vizioso, manutenibile soltanto provvisoriamente. Questa distinzione nell'argomento presente è così *decisiva*, che senza di lei non sarebbe possibile intender bene le leggi romane, e, quel ch'è peggio, si provocherebbero decisioni precisamente contradditorie. A fine di coglierne lo spirito e le conseguenze, si avverta che il possessore *con diritto* (ossia il *definitivo*) s'intende investito della *pienezza* di tutti i diritti inchiusi nella *costituzione* della servitù; talchè a lui è *libero* di fare ciò che gli torna meglio, purchè non aggravii la servitù imposta. Ciò è dell'essenza stessa dello scopo da lui inteso, e dentro i limiti del bisogno delle facoltà da lui acquistate.

§ 1423. Ma quanto al possessore *annale* la cosa è forse la stessa? Bene al contrario. Egli è considerato qual mero *detentore provvisorio* della cosa COME STA (1), senza che gli competa altro diritto, che di goderla senza farvi la minima mutazione. E quando mai la cosa richiedesse *riparazione*, questa dev'essere fatta solamente quando fa di bisogno, secondo l'indole del bisogno, e dentro i limiti del bisogno. Lo *statu quo* della cosa posseduta devesi figurare come la pittura di un quadro che non può mai cangiare, e la conservazione della quale può autorizzare alle opere di pura conservazione, e nulla più.

§ 1424. E perchè tutto questo? Perchè il possessore annale si considera come utente che può essere cangiato *domani*, attesochè non è nè *definitivo*, nè *irrevocabile*. Egli poi trae le sue facoltà da un puro *fatto*, e da un fatto *determinato*, pel quale la condizione della cosa si presenta sotto un aspetto solo, e non altrimenti. Sotto questo doppio rapporto a lui non è permessa veruna *novità materiale*, tranne quelle sole che sono di *urgente* conservazione della cosa. Questa è la massima fondamentale del Diritto romano a riguardo dei possessori provvisorii.

(1) Qui cade una importante quistione, promossa dal Pecchio contro il Menocchio. Si tratta di sapere se il possessore annale manutenibile debba *in senso assoluto* riputarsi colui che *non vi, non clam, non precario* per un solo giorno o per una sola notte condusse un'acqua, o se richiedasi *almeno* che dentro l'anno non abbia ricevuto una dichiarazione contraria. Questa quistione sarà decisa a suo luogo, allorchè tratteremo delle cauzioni dei giudizii.

Il possessore annale viene in ciò paragonato al semplice *detentore*, al quale vengono compensate le spese *utili* e *necessarie* fatte per la conservazione della cosa.

§ 1425. Posta questa massima, quali ne sono le conseguenze di Diritto? La prima è, che tutto quello che le leggi attribuiscono al possessore *annale* potrà bensì a più forte ragione competere al possessore *con diritto;* ma non potrà valere la viceversa, che TUTTO ciò che compete al possessore *con diritto* possa competere al possessore annale. Anzi la cosa giunge a tale, che nell'atto che il possessore *con diritto* può fare TUTTO QUELLO *che stima meglio*, semprechè non aggravii la servitù, per lo contrario il possessore annale no'l può fare; e quello ch' egli può fare consiste nel mantenere lo *statu quo* della cosa.

§ 1426. La seconda conseguenza è, che il possessore annale, semprechè si tenga *entro i limiti a lui competenti*, non può per alcun modo essere turbato da *terzi*, al pari del padrone *con diritto*, nella latitudine maggiore che gli compete. Così nella tutela *rispettiva* le disposizioni della legge sono identiche. Ciò non basta ancora. Tutto quello che fu disposto dall'editto del Pretore in favore del possessore annale rispetto a terzi, onde non essere turbato nel *competente* esercizio del suo uniforme possesso, con più forte ragione si deve affermare in favore del possessore con diritto.

CAPO XVII.

Dell'alzare o abbassare, allargare o restringere un canale o fontanile, o altro capo dell'acqua. Del convertire canali terreni in canali di pietra, di cotto, di cemento, e viceversa.

§ 1427. Esposta la cosa in massima generale, passiamo ad esaminarla ne'suoi particolari, contemplati dal Diritto romano. E perchè le disposizioni delle leggi riescano più risaltanti, esponiamo quelle che riguardano il possessore *con diritto* in ordine *parallelo* con quelle che riguardano il possessore *provvisorio* in forza di non vizioso possesso annale. Ricordiamoci che qui trattiamo solamente dell'argomento delle funzioni *conservatorie* dell'acquedotto, e delle relative novità e *vie di fatto*, e ne trattiamo prendendo in esame soltanto ciò che viene praticato dall'utente della servitù nell'atto ch' egli esercita la conservazione sopraddetta.

Qui s'incomincia a domandare, se il possessore *provvisorio* o *annale* possa ALZARE O ABBASSARE il suo canale, e se possa anche DILATARLO,

o fare altri simili atti, quantunque non porti alcun aggravio al padrone del fondo serviente.

§ 1428. A tale quesito in via di regola ordinaria e di diritto assoluto rispondo, che questo possessore (allorchè si prevale della sola qualità di possessore annale non vizioso) non può fare veruna delle cose annoverate. Queste sono anzi novità materiali, che il Pretore non guarentisce in vista dell'annale non vizioso possesso; attesochè egli dichiarò di non guarentire la condotta di un'acqua, se non colla condizione che in *via di fatto materiale* non venga innovato nulla. Ciò apparisce dalle parole: *dum ne* ALITER *aquam ducat, quam uti priore aestate.* Lo stesso vale pel caso che si volesse alzare o abbassare, dilatare o restringere un fontanile, o altro *capo dell'acqua*, come un canale dispensatore o un canale derivatore, il cui primo tronco facesse le funzioni di canale dispensatore, e così discorrendo. Ciò consta dall'editto risguardante il *fonte*, nel quale si dice espressamente: *dum ne* ALITER *utaris atque uti hoc anno.*

Questo è il senso ossia meglio l'applicazione fattane anche da Ulpiano nella legge 1. § 11. *De rivis*. Egli dopo avere annoverato alcune opere fatte o tentate dall'utente, nelle quali non può essere *guarentito* dall'editto del Pretore, soggiunge che non può soffrire impunemente privata opposizione: « Si eundem rivum deprimat, vet attollat, aut di» latet, aut extendat. »

§ 1429. Ma parlando di un utente munito del diritto d'una servitù *costituita*, ossia d'un possessore *con diritto*, questa decisione non ha punto luogo. Anzi per lui la legge pronuncia aver egli la facoltà di *alzare* o di *abbassare* il suo canale, semprechè nel costituire la servitù non siasi privato di questa facoltà a lui competente. Qui si rammenti quanto fu detto su questo proposito allorchè parlammo della *effezione* della servitù e del testo di Pomponio (1). Il principio generale è, che l'utente padrone di un condotto può fare tutto ciò che a lui piace, purchè non deteriori la condizione del fondo serviente. Questa regola è dello stesso Pomponio. « QUOD VELLET in rivo facere licere; dum ne domino prae» dii aquagium deterius faceret » (2).

Questa regola è precisamente l'*inversa* di quella che compete al mero possessore provvisorio sprovveduto di diritto originario. Quanto a costui, si deve pronunciare che ogni *novità* di opera, comunque *innocua*, non

---

(1) Libro III. Parte II. Capo VIII. — (2) Leg. 15. Dig. *De servitutibus praediorum rusticorum.*

è permessa, a meno che non venga comandata da un'urgente necessità di conservare l'acquedotto.

§ 1430. E qui appunto, a schiarimento di quanto fu esposto nel Capo VIII. Libro III. dell'antecedente Parte, e di quell'apparente contrasto che appare dai testi del Digesto, conviene notare quanto segue. Abbiamo finto il caso, che taluno avendo un *canale* (o CAVO) scavato nella semplice terra, voglia munirlo di *cemento;* o veramente che essendo di cotto, voglia convertirlo in semplice terreno: ed abbiamo deciso che assolutamente lo possa fare. Questa decisione qual utente riguarda essa? Ivi riguarda il *padrone* di un cavo, ossia un possessore *con diritto originario.* In questo senso abbiamo fatto valere la sentenza di Servio e di Labeone, benchè venga modificata da Ulpiano, la cui sentenza è pur quella della legge. Perchè abbiamo praticato così? Perchè il discorso di Ulpiano si riferisce strettamente al possessore dell'acquedotto, contemplato nell'editto del Pretore, cioè a colui che non fa valere un diritto *originario*, ma solamente il possesso annale non vizioso. Quanto a costui, Ulpiano accorda non essere per massima concesso il diritto di praticare veruna *novità*, benchè innocua; ma limita il divieto allorchè un'urgente necessità di conservare la condotta dell'acqua lo comandi.

§ 1431. In forza di questa conchiusione egli riguarda come *novità* non autorizzata dal Pretore il convertire un canale *terreno* in un canale di cotto, di sasso, o cementato (1). Indi prosegue, allegando la contraria sentenza di Servio e di Labeone, i quali sostenevano che si possono praticare queste *novità*. Che cosa conchiude Ulpiano? Che, ferma la massima generale del divieto, la conversione del canale di terra in uno di cotto, di pietra, o viceversa, non si possa concedere fuorchè in caso di necessità. « Mihi videtur URGENS et NECESSARIA refectio esse ad» mittenda » (2).

---

(1) « Si quis terrenum rivum signinum vel » lapideum facere velit, videri eum non re» cte hoc interdicto uti: non enim reficit qui » hoc facit; et ita Ofilio videtur. » Leg. 1. § 10. Dig. *De rivis.* — Qui non debbo più giustificare la correzione fatta nelle parole *signinum* VEL *lapideum*, invece dell'IDEST *lapideum,* dopo quello che ho già notato nel Libro I. Capo XV. Parte II. in nota.

(2) « Servius et Labeo scribunt: Si rivum, » qui ab initio terrenus fuit, qui aquam con» tinebat, cementitium velit facere, audien» dum esse. Sed et si eum rivum, qui structi» lis fuit postea terrenum faciat, aut partem » rivi, aeque non esse prohibendum. Mihi vi» detur urgens et necessaria refectio esse ad» mittenda. » Leg. 3. § 1. Dig. *De rivis.*

CAPO XVIII.

Quistione particolare di Diritto romano sulla facoltà di far condurre un' acqua prima scoperta in una maniera coperta, o viceversa.

§ 1432. Altro caso. Un possessore ha un canale *scoperto*. Può egli *chiuderlo* a piacere? Qui si tratta di un canale posto sul fondo altrui. — La risposta è facile, dopo le cose premesse. O si tratta di un possessore *con diritto originario*, o *senza*. Se del primo, può far ciò che vuole, perchè non si tratta di aggravare la servitù. Se poi si tratta del secondo, pare ch'egli no'l possa, perchè commetterebbe una novità materiale a lui non permessa. Qui però conviene insistere alquanto per chiarire i testi positivi del Diritto romano.

§ 1433. La legge propone il caso di taluno che non per possesso annale, ma per servitù *costituita* aveva un canale *scoperto*, e che dopo vuole *coprire*. Si domanda s' egli lo possa fare. — A primo tratto la ragione naturale vi dice, che col coprire un canale scoperto non si *aggrava* nè punto nè poco la servitù dell'acquedotto *imposta* a danno del fondo serviente. Dunque sembra libero al padrone medesimo di coprire il canale da lui usato prima scoperto. Dunque tale facoltà gli compete in forza della natura stessa della cosa. Dunque tale piena libertà non gli può essere tolta fuorchè in conseguenza d' una formale *convenzione*, colla quale l'utente siasi privato della facoltà di coprire il proprio canale. Se per caso il padrone del fondo serviente opponesse, che col canale coperto si toglie a lui la facoltà, per esempio, di mandare ad abbeverare il proprio bestiame, la risposta sarebbe pronta. Altro è che il padrone lasciando a suo piacere scoperto il canale, tu abbia approfittato dell' occasione per abbeverare il tuo bestiame; ed altro è che tu lo possa pretendere di diritto, o che avendone usato tu abbia acquistato il diritto d'impedire al padrone utente di far coprire il suo canale. È vero, o no, che vi sono atti puramente *facoltativi*, i quali, se fossero ripetuti anche per mille anni, non danno diritto alcuno a chi ne usa d'impedire ai padroni di usare altrimenti delle cose proprie? Noi ne abbiamo veduti molti esempii nella nostra materia stessa delle acque. Tale, per esempio, è il caso di chi, avendo una bocca di un canale, lascia trascorrere acqua per le fessure, senza curarsi d'impedire queste minime perdite. Forsechè il vicino, che ne approfittava, potrebbe impedire al padrone della bocca di chiuder meglio la propria cateratta, ed impedire la dispersione dell'acqua?

§ 1434. Così dicasi nel caso nostro. È di fatto che il conducente dell'acqua ha un *diritto esclusivo* sul corpo della medesima, talchè egli può in ogni tempo prendere quelle cautele che a lui sembrano più giovevoli per l'esercizio della propria padronanza, purchè non aggravi la servitù imposta. Se dunque non si dimostra che il padrone medesimo abbia volontariamente limitato il proprio diritto, dalla semplice tolleranza e dall'*occasionale* godimento del vicino non si potrà mai dedurre avere perduto l'innata facoltà annessa alla padronanza medesima. Conchiudasi dunque, che col coprire semplicemente un canale scoperto, cui non erasi contratto l'obbligo formale di tenere scoperto, non si commette mai *novità* alcuna riprovata dalla legge. Sarebbe dunque *temerità* e *via di fatto* punibile quella del vicino, il quale, sotto pretesto di qualche vantaggio goduto da questo canale scoperto, pretendesse impedire tale funzione al padrone dell'acquedotto. La temerità si verificherebbe anche quando chiamasse in giudizio il padrone utente, perchè mancherebbe ogni diritto. La *via di fatto* criminosa poi si verificherebbe, se per privata violenza si opponesse all'opera di coprire il canale, e peggio poi se facesse levare o altrimenti distruggere il coperto. Tale appunto è la decisione della legge, della quale qui non abbiamo esposto fuorchè il commentario (1).

§ 1435. Qui debbo notare una particolarità che, non avvertita, potrebbe far traviare il lettore. Leggendo il testo di Paolo prodotto in nota, si vede ch'egli allude espressamente non al possessore annale di mero fatto, ma al possessore CON DIRITTO. Ciò consta dalle ultime parole, in cui dice: *Nisi ab initio in imponenda servitute id actum sit.* Dunque Paolo suppone qui una servitù imposta per convenzione, e non allude nè punto nè poco al possesso annale provvisoriamente manutenibile. Eppure questo frammento di Paolo si trova fra due frammenti di Ulpiano, che si riferiscono intieramente al possesso annale, talchè alla prima lettura imbrogliasi la testa. Questa slogatura commessa dal macello degli scritti dei sapienti giureconsulti, fatto dalla Commissione di Costantinopoli, merita di essere avvertita tanto più, quanto i testi antecedenti e conseguenti parlano d'altra persona legale avente altre capacità, ed anzi di persona *priva* delle facoltà supposte da Paolo.

(1) « Labeo non posse ait ex aperto rivo » terrenum fieri, quia commodum domino soli » auferetur appellendi pecus, vel hauriendi » aquam; quod sibi non placere Pomponius » ait: quia id *domino* magis ex *occasione*, » quam ex jure contingere, nisi ab initio in » imponenda servitute id actum esset. » Leg. 2. Dig. *De rivis.*

Questo frammento è di Paolo, commentando l'editto nel suo Lib. LXVI.

§ 1436. Passiamo ora ad esaminare il caso dello scoprire o coprire il canale rispetto ad un possessore *mancante di diritto originario*, e che almeno voglia usare dell'editto del Pretore, atteggiato soltanto ai possessi *provvisorii*. Ulpiano, sempre intento a raddolcire il rigore della lettera dell'editto, esprime la sua opinione dicendo: « Io sono d'accordo, che » quando si tratta di *alzare* o di *sprofondare* o di *dilatare* il canale, » ovvero anche di *deviarlo*, o viceversa, ciò non sia permesso ad un » tale possessore, e che anzi si possa impunemente opporvisi di privata » autorità; ma quando si tratta semplicemente di *coprire* un canale » *aperto*, o di *scoprirne* uno chiuso, parmi che si possa farlo senza » incorrere la taccia di viziosa novità; semprechè la parte interessata » in contrario non dimostri *essere di suo interesse* che resti aperto ciò » che si vuole chiudere, o resti chiuso ciò che si vuole aprire (1). È vero » (egli prosegue) che Servio fu di sentimento che si commette una *no-* » *vità* proibita dal Pretore, quando si passa a condurre allo *scoperto* » un'acqua che prima veniva condotta in un canale chiuso; e che non » lice loro opporsi solamente quando l'utente pratica qualche cosa ad og- » getto di maggiormente *conservare* o di *rattenere* l'acqua: ma io torno » a dire in contrario, che all'utente dev'essere permesso di fare *anche* » camminare allo scoperto un'acqua che prima si faceva camminare per » un canale chiuso, a meno che l'avversario competente non dimostri » essergli *più utile* farla camminare pel canale chiuso » (2).

§ 1437. Da tutto questo discorso di Ulpiano, che forma anche la sentenza della legge, che cosa rileviamo noi? Che la legge posteriore ha amato temperare il rigore del divieto pretorio di lasciare precisamente lo stato di un canale nello stato *materiale* nel quale fu trovato dal possessore *provvisorio*, derogando a questo divieto allorchè si tratti semplicemente di far camminare l'acqua piuttosto in modo *coperto*, che *scoperto;* ben inteso che tale deroga non abbia luogo tutte le volte che l'avversario interessato dimostri tornargli più conto che l'acqua cammini come prima.

---

(1) « Et si eundem rivum deprimat vel at- » tollat, aut dilatet, vel extendat, vel operiat » apertum, vel contra; ego caeteros quidem » impune prohiberi puto: at enim eum qui » operiat apertum vel contra, eum non puto » prohibendum, nisi si quam majorem utilita- » tem suam adversarius ostendat. » Leg. 1. § 2. Dig. *De rivis.*

(2) « Servius autem scribit: aliter duci » aquam, quae ante per specus ducta est, si » nunc per apertum ducatur. Nam si operis » aliquid faciat quis quo magis aquam con- » servet vel contineat, non impune prohiberi. » Ego et in specu contra, si non major utili- » tas versetur adversarii. » Leg. 3. princ. Dig. *De rivis.*

Tutto questo però non riguarda che il possessore mancante di diritto originario. Quanto al possessore munito di tale diritto, vale il testo di Paolo sopra recato, e quelli di Pomponio già ricordati.

CAPO XIX.

Conseguenze per la ragione tutelare dell'acquedotto, e per qualificare le vie di fatto *risguardanti le funzioni conservatorie.*

§ 1438. In conseguenza di questi testi il padrone dell'acquedotto può a suo beneplacito far camminare l'acqua o al coperto o allo scoperto, come a lui piace, senza badare se ciò torni a conto o no, sia al padrone del fondo serviente, sia ad altri; salvo soltanto all'utente di non aggravare la servitù imposta, e di non togliere diritti già quesiti a qualunque altro cointeressato. Il temperamento di Ulpiano non può per regola generale, e per principio essenziale di Diritto, aver luogo se non quando il conducente dell'acqua manca di diritto originario, avvegnachè fuori di questo caso si unirebbero principii incompatibili di Diritto energicamente e ripetutamente consacrati dalla rimanente legislazione romana. Questi due principii incompatibili sarebbero da una parte una pienissima libertà di usare del proprio canale in maniera da non aggravare la servitù, e dall'altra una facoltà limitata di non praticare un'utile ed innocua riforma, se non torni a conto ad altri, compreso eziandio lo stesso padrone del fondo serviente.

Bastino per ora queste specificazioni del Diritto romano, le quali se furono da noi recate in mezzo, ciò fu soltanto per prevenire coll'autorità positiva tutte le minute e sofistiche quistioni che vengono eccitate dalle passioni contrastanti e dal rabulismo forense. Per altro tutti questi casi, e parecchi altri che si potrebbero imaginare, non sono che specificazioni del principio generale che regge l'una e l'altra specie di possessi.

§ 1439. Quanto al nostro argomento, nel quale prendiamo di mira le qualificazioni delle *vie di fatto* permesse o riprovate dalla legge, noi dobbiamo conchiudere che ogni menoma novità non necessaria, praticata da un possessore provvisorio, può essere respinta dalla privata autorità, senza tema d'incorrere nelle pene comminate dal Pretore. Il solo caso del coprire o scoprire il canale potrebbe formare eccezione, quando si dovesse disputare se torni conto o no all'avversario di lasciare coperto o scoperto il canale medesimo. Tale quistione, come ognuno vede, non può essere decisa a giudizio nè dell'una nè dell'altra parte, ma è di spettanza dell'autorità giudiziaria; di maniera che ogni *via di fatto* parti-

colare è assolutamente degna di riprensione, da qualunque parte essa venga praticata.

Del rimanente, lo ripeto, chiunque ha diritto di reclamo contro il possesso provvisorio può privatamente opporsi ad ogni altra novità del possessore di *puro fatto* qui contemplato, astenendosi per altro dall'impedirgli lo spurgo ed il ristauro del canale, ed ogni altra opera determinata da urgente e necessario bisogno.

§ 1440. Quanto poi ai possessori muniti di diritto originario, ai quali compete il libero esercizio di certe novità non permesse al possessore provvisorio, si dovrebbe sempre risguardare come *via di fatto* riprovevole qualunque atto privato, col quale si facesse ostacolo o si turbasse il pieno esercizio degli atti conservatorii proprii della servitù acquistata. Per la qual cosa non solamente il purgare, il ristaurare, ma eziandio l'alzare, l'abbassare, il restringere, e qualsiasi altra opera di maggiore utilità dell'utente, non potrebbe essere lecitamente impedita o distornata col pretesto di temuto danno, o di novità eccedente i diritti della servitù. Per qualunque motivo, quando l'utente non operi che sul proprio canale o sulla propria bocca, si deve ricorrere al giudice, e non farsi mai giustizia di propria mano. Si badi bene alla precisione, *semprechè* operi sul proprio canale o sulla propria bocca. Con ciò non si vuole toccare la esclusiva ed inviolabile proprietà di chicchessia.

CAPO XX.

Delle vie di fatto *risguardanti l'*uso *dell'acquedotto, e relative disposizioni del Diritto romano, precipuamente per gli utenti di un'acqua distribuita a ruota.*

§ 1441. Dopo avere parlato delle *vie di fatto* risguardanti le funzioni *conservatorie* dell'acquedotto, passiamo a parlarne rispetto all'uso del medesimo. Io non abbisogno più di esprimere quali *parti* si comprendano sotto la parola *uso*. Su questo particolare mi rimetto a quanto ne ho scritto nel Capo II. Libro V. della Parte antecedente. Qui debbo solamente far riflettere, che siccome parliamo degli atti *estrinseci* e materiali costituenti quest'uso, così conviene limitarne l'idea alle funzioni che risguardano l'AVVIAMENTO, l'IMPIEGO e lo SCARICO dell'acqua. Con ciò le idee diventano precise, e le dottrine vengono applicate ad oggetti noti. Dunque le *funzioni* degli utenti, risguardanti l'avviamento, l'impiego e lo scarico dell'acqua, formano il subbietto sul quale possono cadere le *vie di fatto*, contro di cui l'autorità pubblica cerca di tutelare la rispettiva libertà e sicurezza dell'uso dell'acquedotto. E per comin-

ciare da quella specie di *uso*, la quale suole più spesso dare occasioni ad arbitrii, a dispute, ed a *vie di fatto*, noi considereremo la distribuzione *a ruota* dell'acqua di un canale, della quale ci siamo occupati nel Capo III. del detto Libro V. Questo costume era certamente noto anche ai Romani, e su tale proposito abbiamo una legge speciale, inserita nel Digesto al titolo *De vi*, e precisamente nella legge 1. « Si inter vicinos ex » communi rivo aqua ducatur, induci prius debet ex his vicibus, quibus » a singulis duci consuevit. Ducenti autem vis fieri prohibetur. Alienam » autem aquam usurpanti nummaria poena irrogatur. Cujus rei cura ad » sollicitudinem praesidis spectat. »

§ 1442. In questo testo di Paolo ognuno vede che colla locuzione *ex his vicibus, quibus a singulis duci consuevit*, s'indica precisamente l'uso di un' acqua *distribuita a ruota*. Qui dunque si contempla l'avviamento, l'impiego e lo scarico dell'acqua che tocca ad ogni utente a ruota di giorni, di orario, e di quantità. Colla frase *vis fieri prohibetur* è per sè manifesto che vengono vietate tutte le *vie di fatto* praticate da chicchessia, e che quindi viene repressa la forza privata sì degli utenti che dei loro commessi e dipendenti, e di qualunque altra persona. In questa locuzione si prescinde se venga o no sottratta l'acqua competente ad altrui. Tale sottrazione forma un altro oggetto della legge, ed è precisamente affare *criminale*, come esprime lo stesso Paolo. « Alienam autem » aquam usurpanti nummaria poena irrogatur. »

§ 1443. Affinchè abbia luogo la semplice *via di fatto* basta che venga fatta violenza in qualunque maniera al rispettivo utente. Dunque allorchè venga turbato o distornato in qualunque modo, sia l'avviamento, sia l'impiego, sia lo scarico dell'acqua, e ciò venga praticato di propria privata autorità e con atti formali di forza, si verifica sempre la *via di fatto* contemplata dalla legge. Il *vis fieri* si esercita tanto contro le *cose*, quanto contro le *persone*, come fu già avvertito fin dal principio di questa Parte. Se dunque senza far violenza alla persona venga opposto qualche ostacolo al libero avviamento, all'impiego o allo scarico dell'acqua; e così pure se venga deviata (senza che esista furto), dispersa, o in altro modo contrariata, si verifica sempre la *via di fatto* riprovata dalla legge. L'utente allora ha diritto di porgere querela del turbato suo possesso, ossia meglio del frastornato uso a lui competente dell'acqua. Allora il giudice deve provvedere sì per far risarcire il danno dato, che per ristabilire l'utente nel turbato esercizio delle sue facoltà. In breve, tutto ciò che fu detto rapporto ai rimedii ed alla tutela delle altre funzioni, si deve pure eseguire rapporto all'uso, ossia meglio alle funzioni che lo costituiscono.

SEZIONE III.

Delle vie di fatto *considerate rispetto ai varii stati del possesso dell'acquedotto, secondo la legislazione francese.*

CAPO XXI.

Delle diverse azioni possessorie stabilite nella legislazione francese, rispetto alle quali si possono verificare le vie di fatto.

§ 1444. Per intendere distintamente, e senza commettere equivoci, quando possa avere luogo una *via di fatto*, conviene prima intendere quando possa aver luogo un dato *possesso* manutenibile dalla legge. Dunque se *diverse specie* di possessi da una data legislazione vengono ammesse, ne segue che converrà ben distinguere l'una dall'altra, e sapere quando si verifichino, per indi comprendere quando possa avere luogo una *via di fatto* riprovata da quella stessa legislazione. Senza questa premessa si ragionerebbe a caso, poichè mancherebbe il vero *subbietto*, al quale applicare i nostri ragionamenti.

§ 1445. Dovendo ora, secondo l'ordine stabilito, esaminare i dettami della giurisprudenza francese intorno le *vie di fatto* che possono accadere in punto della servitù di *acquedotto*, noi prima di tutto siamo obbligati a vedere quali *azioni possessorie* siano state adottate, appunto in conseguenza della specie di possessi dalla legislazione stessa canonizzati. Per giungere a questa preliminare cognizione dovremmo esaminare disposizioni disparate, tanto del Codice Napoleone, quanto del Codice di procedura civile. Ma per buona ventura possiamo accorciare il nostro lavoro consultando un' Opera, la quale riveste tutto il grado possibile di autorità, se non legislativa, almeno interpretativa, o a dir meglio di giurisprudenza. Questa è la *Teoria delle azioni, eccezioni e giurisdizioni, proposta dalla Corte di Cassazione dell' Impero francese, per essere convertite in disposizioni legislative, e pubblicata dai signori Wiellart Presidente, D'Outre-Pont, Audier-Massillon, Vergès, Merlin* (1). In questa si raduna in sostanza lo spirito delle disposizioni *positive* consacrate sì dal Codice Napoleone, che da quello di procedura civile. Senza tale condizione noi non ci appoggeremmo con fiducia al contenuto del detto lavoro, poichè bene sappiamo non aver forza di legge se non ciò

---

(1) Di quest' Opera esiste anche una traduzione italiana uscita dalla tipografia di G. B. Sonzogno in Milano l'anno 1809.

che viene canonizzato direttamente o indirettamente dalla pubblica autorità imperante.

§ 1446. A fine di trascegliere ciò che fa al nostro proposito, trascriveremo i seguenti articoli.

I. « Ninno può appropriarsi per VIA DI FATTO quello che pretende » essergli dovuto od appartenergli; non lo può conseguire legittimamente, » in caso di rifiuto del debitore o del detentore, se non mediante l'autorità dei tribunali competenti » (1).

« Il diritto di ripetere avanti ai tribunali quello che ci è dovuto o » che ci appartiene, chiamasi *azione*; e l'esercizio di questo diritto appellasi *domanda* » (art. 1 e 2).

II. « Si chiama *petitoria* ogni azione, mediante la quale si rivendica contro il possessore un *immobile*, od un diritto riputato tale dalla » legge. »

« L'azione *possessoria* ha per solo ed unico oggetto il possesso di » un *fondo* o di un diritto *immobiliare* di cui non si gode, o del quale » non si gode pacificamente e senza molestia » (art. 27).

III. « Per l'azione *possessoria* si dimanda d'essere mantenuti nel » possedimento di un diritto reale immobiliare allorquando siamo in esso » turbati (2); e coll'azione di *reintegrazione* si domanda d'esserne reintegrati, quando ne fossimo stati spogliati » (art. 35).

» L'azione *possessoria* e quella di *reintegrazione* hanno per oggetto di far cessare il turbamento di possesso, di ripristinare le cose nello » stato in cui si trovavano prima del turbamento inferito, e d'indennizzare colui che l'ha sofferto. Queste azioni si esercitano contro il » perturbatore ed i suoi eredi » (art. 41).

IV. « Le azioni di *reintegrazione* non si possono fondare che sopra » due fatti. »

« 1.° Sopra un possedimento pacifico, pubblico e continuato per » più d'un anno, come proprietario » (3).

« 2.° Sopra il turbamento e lo spoglio che il possessore ha sofferto » per *via di fatto* entro l'anno » (4).

---

(1) Io credo però che si possa aggiungere in via subalterna l'eccezione segnata nel Capo V. di questo Libro.

(2) « Facendo valere il *fatto* di un possesso » non vizioso continuato per tanto tempo. » Solamente con questa precisione si distingue tale azione da ogni altra, e si concilia cogli altri articoli.

(3) Veggasi l'art. 23 del Codice di procedura francese, conforme a questo.

(4) Qui si deve intendere dentro un dato anno *posteriore* a quello in cui si verificò il possesso legale.

V. « In materia di servitù urbana o rustica l'azione *possessoria* non » è ammissibile se non quando la servitù può essere prescritta » (art. 39).

VI. « Quegli che non possiede che da alcuni mesi o da alcuni gior» ni può compiere l'anno del suo possesso unendo il proprio a quello » del suo autore, in qualunque modo gli sia succeduto, sia a titolo uni» versale o particolare, sia a titolo lucrativo od oneroso » (art. 37).

§ 1447. Noi per ora ci limitiamo a queste disposizioni come fondamentali, onde stabilire e spiegare la giurisprudenza francese risguardante le *vie di fatto* praticabili nella condotta delle acque. Ciò che appartiene alle discipline *giudiziarie*, risguardanti l'esercizio delle rispettive azioni emergenti dalle *vie di fatto*, non può trovar luogo in questo Libro; ma verrà trattato, sì rispetto al Diritto francese, che al Diritto romano, là dove parleremo delle CAUZIONI DEI GIUDIZII, le quali formano una delle parti già proposte di questa terza Parte.

§ 1448. Giovami per altro ricordare, che le recate disposizioni del Diritto francese non differiscono in massima da quelle del romano, ma che per lo contrario si debbono riguardare come una limpida e succinta esposizione delle medesime, tranne una minuta differenza che s'indicherà. Ciò doveva avvenire, poichè esse non sono altro che *risultati* dei rapporti stessi delle cose, e quindi si debbono accogliere come emanazioni dello stesso Diritto, colla sola differenza delle misure del tempo o del genere di prova. Tutto ciò che, posti i principii naturali delle cose, si può *filosoficamente* dedurre, deve riguardarsi come una conseguenza della *ragione naturale.*

CAPO XXII.

Della querela di turbato possesso annale, conosciuta sotto il nome di complainte.

§ 1449. Se richiamiamo a memoria ciò che fu detto nella Parte antecedente intorno le prescrizioni autorizzate dal Codice Napoleone, ci avveggiamo della grande distinzione fra le servitù suscettibili di prescrizione mediante *puri atti possessorii* praticati palesemente, pacificamente e per proprio diritto, e le servitù non suscettibili di prescrizione mediante simili atti, ma che abbisognano di un atto *convenzionale* scritto, per essere acquistate ed esercitate. Da ciò nasce la distinzione delle servitù *prescrittibili* e delle *imprescrittibili* in via di mero possesso. Alla prima specie appartengono le *apparenti continue;* alla seconda appartengono sì le *continue non apparenti*, che tutte le *dis-*

continue, nel senso chiaramente spiegato dal Codice Napoleone, siano o non siano *apparenti*.

Posta questa distinzione, ne segue necessariamente che il possesso *provvisorio* manutenibile in vista di *meri atti di possesso* esercitati non viziosamente per più d'un anno, non può aver luogo che nelle sole servitù prescrittibili, nel senso ora spiegato. Un mezzo assolutamente escluso dalla legge non può operare in nessun momento, e per conseguenza nemmeno provvisoriamente. Sarebbe un patente assurdo imaginare che un mero possesso continuato per trent' anni produca zero; e che durato soltanto per più d'un anno produca qualche cosa.

§ 1450. Abbracciando i due rami delle servitù imprescrittibili, noi li possiamo considerare sì in rapporto del tempo anteriore al Codice Napoleone, che in rapporto al tempo posteriore, come a suo luogo fu avvertito. Da ciò nascono o possono nascere avanti ai tribunali quistioni, le quali involgano la cognizione dei diritti quesiti, sia sotto la legislazione anteriore, sia sotto la posteriore. Sotto l'uno e l'altro rapporto conviene conoscere quali siano i dettami di ragione della legislazione francese nella materia della servitù dell'acquedotto subordinata, come fu già veduto, alla teoria delle servitù sia continue o discontinue, sia apparenti od occulte.

§ 1451. A schiarimento dei casi che siamo per esporre conviene riflettere, che i *rimedii* adottati contro le *vie di fatto* dalla legislazione francese sono gli stessi che secondo il Diritto comune venivano praticati presso di noi. E siccome presso di noi il possessore turbato nell'esercizio del suo possesso agiva mediante la QUERELA di turbato possesso, così pure nel Foro francese si agisce colla stessa querela, conosciuta sotto il nome di *complainte*. Per mezzo di questa *complainte* si applicavano i due interdetti del Diritto romano, conosciuti l'uno sotto il nome di *uti possidetis*, e l'altro col titolo *nude vi*. — « Mediante la » *complainte* il querelante turbato nel suo possesso (dice il sig. Merlin » nel suo Repertorio) domanda d'essere mantenuto e guarentito nel me» desimo, e che alla parte avversaria sia fatto divieto di turbarlo. »

§ 1452. A fine però di formarsi una precisa idea della parola *complainte* conviene qui richiamare quanto fu spiegato nel Trattato delle competenze dei Giudici di pace, considerato come profondo ed autorevole nell'attuale Foro francese.

« On peut définir la *complainte* une action qui appartient à celui » qui a la possession civile d'un héritage, d'un droit réel ou d'une uni» versalité de meubles, pour s'y faire maintenir lors qu'il est troublé. »

« Telle est la définition qui résulte des notions que l'on trouve dans » les auteurs; mais je crois que, pour que cette définition fût parfaite» ment exacte, à ces mots *héritages* ou *droits réels* il faudrait ajouter » ceux-ci: *dont la proprieté peut s'acquerir par la prescription.* »

« Comment, en effet, la possession *annale* serait-elle comptée pour » quelque chose, lorsque la possession la plus longue n'est comptée pour » rien? Les choses imprescriptibles ne peuvent donner lieu qu'aux » actions *pétitoires*, puisqu'à leur égard pour avoir un droit il faut avoir » un *titre* » (1).

§ 1453. Da questa teoria risulta che l'azione possessoria per ragione contraria si può esercitare in vista o del turbamento o dello spoglio di possesso, semprechè l'oggetto posseduto sia suscettibile d'essere acquistato mediante prescrizione, ossia lungo possesso non vizioso.

Ma volendoci attenere all'ultimo e preciso concetto annesso alla parola *complainte*, ci avveggiamo che questa nella giurisprudenza francese significa propriamente l'azione giudiziaria applicata ad un possesso incominciato e proseguito, fatta astrazione se esso sia munito o no di titolo, bastando che, essendo esente da effetto, possa essere mantenuto dalla legge.

E siccome fin qui ci siamo valsi della pura autorità dei giureconsulti, giova confermare anche colle decisioni i dettami esposti.

CAPO XXIII.

Manutenzione provvisoria in materia di possesso per sè prescrittibile. Decisione.

§ 1454. Bramate voi di vedere se negli oggetti suscettibili di prescrizione possessoria abbia luogo la manutenzione del possesso annale? Eccovi un fatto.

« Fra i terreni appartenenti al signor Jarnan e la vedova Melquin » eravi una siepe che li separava. Jarnan la fece strappare, pretendendo » che fosse di sua esclusiva proprietà. La vedova Melquin non contestò

(1) Quest'ultima proposizione non è esatta. Come cosa imprescrittibile *assolutamente* non presta azione alcuna; come cosa poi suscettibile di *possesso titolato*, e che ammette un'azione petitoria, può essere resa *irrevocabile* dall'usucapione, e ammette l'azione *possessoria*, come l'altra. Il titolo allora serve soltanto a togliere la presunzione di *precarietà*.

Ciò si vedrà confermato più sotto dalla decisione suprema della Cassazione, Sezione civile, nella causa Pelleport e Carteret.

» il merito di diritto della proprietà avversaria; ella solamente fece va-
» lere ed agì *in via possessoria*, a motivo che rispetto a questa siepe
» aveva un *possesso annale*. »

« Jarnan oppose, che questo non era il caso di far valere il *posses-
» so annale*, attesochè in materia di siepi l'art. 670 del Codice civile non
» riconosce diritti che in petitorio. »

« Con sentenza del Giudice di pace di Barbezieux, del 10 germi-
» minale, anno 12., l'eccezione di Jarnan fu rigettata, e l'azione della
» vedova fu sostenuta. »

« Interpostosi appello dal Jarnan presso il Tribunale del Circon-
» dario di Barbezieux, con sentenza del 28 termidoro, anno 12., fu con-
» fermata la sentenza del Giudice di pace. »

« Il Jarnan ricorse quindi in Cassazione. Ivi sostenne che l'art. 670
» del Codice civile, parlando delle siepi separanti, non istabilisce che
» due specie di diritti: il primo, di proprietà in favore di quello che
» ha un titolo, un possesso sufficiente, o un terreno chiuso; il secon-
» do, di *mittoyeneté* (ossia di comune ragione) fra i due proprietarii,
» nel caso di proprietà non esclusiva. Da ciò concludeva, che il Codice
» civile non permetteva di riconoscere un terzo diritto di POSSESSO PROV-
» VISORIO. »

« Il sig. Giraud, sostituito al Procuratore generale, fu d'opinione
» che l'art. 670 del Codice civile aveva avuto per unico oggetto di fis-
» sare i segni distintivi della proprietà *esclusiva* e della proprietà co-
» mune rispetto alle siepi. Che questa disposizione sulla proprietà non
» disponeva nulla sul *possesso;* di maniera che su tal punto conveniva
» ricorrere ai principii generali. E siccome da una parte i principii ge-
» nerali autorizzano l'azione possessoria nel caso di turbato possesso an-
» nale dei diritti reali perscrittibili, e dall'altra parte l'articolo citato di-
» chiara prescrittibili le siepi, così converrebbe piuttosto concludere che
» il sopraddetto articolo 670 del Codice civile voglia autorizzare l'azio-
» ne possessoria. In conseguenza domandò che fosse rigettato il ricorso
» del Jarnan. »

« DECRETO. — La Corte. — Attesochè, giusta l'art. 670 del Co-
» dice civile, una siepe intermedia si può prescrivere mediante un suf-
» ficiente possesso, in conseguenza si può possedere esclusivamente una
» siepe, e quegli che gode di tale possesso può, se viene turbato nello
» stesso, agire in *complainte;* perciò la sentenza impugnata, lungi dal
» violare l'art. 670, si riconosce essere perfettamente conforme allo
» stesso. In conseguenza di ciò la Corte rigetta l'interposto ricorso, ec. »

« Dell' 8 vendemmiale, anno 14., Sezione dei ricorsi. — Relatore » d'Outre-Pont (1).

§ 1455. Dalla recata decisione che cosa ricaviamo noi? Che in qualunque diritto reale suscettibile di prescrizione, mediante puri atti possessorii, può aver luogo il possesso annale non vizioso *manutenibile* dalla pubblica autorità, malgrado che la legge civile in particolare non abbia espressamente avvertita o, a dir meglio, ripetuta questa regola, parlando *in particolare* del tale o tal altro diritto.

Ne viene dunque di conseguenza, che in siffatti diritti prescrittibili con possesso tutte le volte che siasi verificato il possesso annale si commette una *via di fatto* riprovevole, usando la forza *privata* sia per ispogliare, sia per turbare il possessore nel godimento del diritto medesimo. Che se il proprietario credesi aggravato dal contrario annale possesso, deve tralasciare di farsi giustizia di propria mano, e deve far valere le sue ragioni avanti il giudice competente. Così nel caso nostro Jarnan commise una *via di fatto* riprovevole strappando la siepe intermedia, di cui si trattò nella causa; e però doveva ricorrere ai tribunali competenti per farla togliere dopo che si era verificato il non vizioso possesso a favore della vedova Melquin.

Ora conviene vedere che cosa sia stato deciso nel caso di una servitù non prescrittibile con possesso, malgrado che dalla parte contraria si fosse verificato l'annale possesso non vizioso.

CAPO XXIV.

Manutenzione provvisoria negata in materia di possesso non prescrittibile mediante meri atti possessorii.

§ 1456. Joffrenot conciapelli era in possesso di lavare e di esporre i cuoi in una corrente non navigabile che scorreva vicino a lui. A questo effetto egli si serviva giornalmente di una scala e di un lavatojo collocato da tempo immemorabile sopra un terreno appartenente alla vedova Marcellot.

Fra i due vicini nacquero dissapori; e la vedova Marcellot, nella sua qualità di padrona del terreno, fece sparire la scala e il lavatojo. Da ciò nacque processo di *complainte*.

La vedova chiamata in giudizio dal Joffrenot, sostenne che questa specie d'azione non era ammissibile, a termini dell'art. 23 del Codice

(1) Sirey, *Recueil général des lois et arrêts, etc.* Tom. VI. Parte I. pag. 76-77.

di procedura civile. Ella poi soggiungeva, che in punto di diritto il possesso vantato avversariamente era essenzialmente a titolo *precario*, e quindi che non poteva autorizzare l'azione di turbato possesso, poichè non importava presunzione di titolo alcuno. Diffatti se il possesso trentennario o immemorabile non può giovare a far giudicare la proprietà in via di prescrizione, allorchè esista il precario, molto meno con questo difetto si potrà autorizzare la manutenzione provvisoria del possesso asserito. Essa poi soggiungeva in fatto trattarsi qui di una servitù imprescrittibile.

Joffrenot contrastò il principio avversario, fondandosi sulla generalità delle disposizioni dell'Ordinanza del 1667, titolo 18., art. 1. Oltracciò pretese che la servitù da lui reclamata era *apparente* e *continua*, nel senso degli articoli 688-689 del Codice Napoleone.

Il Giudice di pace decise che l'azione di turbato possesso (*complainte*) proposta da Joffrenot era ammissibile. Ma, dietro appellazione della vedova Marcellot, il Tribunale civile di Clamecy decise essere stato mal giudicato, attesochè non si trattava d'una servitù prescrittibile.

A questo Tribunale d'Appello parve veramente che la servitù fosse *apparente*, attesochè la scala e il levatojo erano opere esteriori; ma egli non credè che la *continuità* della collocazione della scala e del lavatojo costituisse la servitù continua. L'art. 688 attribuisce questo nome solamente a quella, l'uso della quale è o può essere continuo senz'abbisognare del fatto attuale dell'uomo, ond'essere esercitata. Ora la scala e il lavatojo non potendo essere d'alcun uso, senza il fatto attuale dell'uomo, ne veniva che la servitù pretesa dal Joffrenot era discontinua, e non continua.

Joffrenot ricorse in Cassazione per titolo di falsa interpretazione, e per violazione tanto dell'art. 23 del Codice di procedura, quanto dell'art. 1. tit. 18. dell'Ordinanza del 1667. — Il sig. Lecoutour, sostituto del Procuratore generale, fu di parere che la servitù era discontinua e imprescrittibile, e quindi concluse che l'azione di *turbato possesso* non era ammissibile, e però che il ricorso si doveva rigettare.

« Decreto. — Attesochè nel caso presente si tratta di una servitù » che non si poteva acquistare se non mediante titolo, e che per conse» guenza l'azione possessoria non era ammissibile, la Corte rigetta, ec. »

« Del 21 Ottobre 1807. — Sezione dei ricorsi — Relatore signor » Ruperou » (1).

(1) Sirey, Tom. VIII, Parte I. pag. 37-38.

Nella causa qui esposta ognuno vede l'inverso di quella che fu antecedentemente riportata, attesochè si tratta appunto di due servitù, l'una prescrittibile, l'altra imprescrittibile. Dunque apparisce confermata coll'autorità delle decisioni supreme della Cassazione la teoria sovra prodotta dai giureconsulti, talchè la giurisprudenza delle decisioni autorevoli conferma i principii teoretici allegati.

CAPO XXV.

Come si possa ottenere la manutenzione provvisoria in materia di servitù non prescrittibile mediante soli atti possessorii.

§ 1457. Ma qui si presenta un caso, il quale sembra meritare la provvidenza del legislatore. Supponiamo che taluno possegga una servitù qualificata come imprescrittibile mediante semplici atti possessorii, e la eserciti in forza di *titolo* valido secondo la legge. Fingiamo ch'egli venga turbato nell'esercizio di questa servitù così posseduta. Si domanda se egli si possa giovare della disposizione dell'art. 23 del Codice di procedura civile, e per conseguenza se possa, alla prova del possesso annale, unire il titolo ond'essere provvisoriamente mantenuto o reintegrato nell'attuale possesso; salvo all'avversario il diritto di discutere in petitorio tutte le eccezioni a lui competenti contro il *titolo* sussidiariamente prodotto nel giudizio *sommario*.

§ 1458. Con tale quistione ognuno vede che si propone un caso *misto*, sempre rispetto ai *mezzi* onde ottenere la manutenzione provvisoria. Per l'argomento presente poi ne nasce la conseguenza, che le *vie di fatto* contrarie non possono essere più nemmeno momentaneamente protette dall'autorità pubblica, allorchè sia permesso al possessore di poter far valere il suo titolo nel giudizio di momentanea e provvisoria manutenzione o reintegrazione.

Ognuno vede certamente quanto importi ad un possessore di giovarsi del titolo in via sommaria, onde evitare i danni che possono derivare dal recato ritardo della discussione in petitorio.

Anche tale quistione fu decisa e distesamente discussa, come si può vedere esaminando il seguente caso.

Da lungo tempo Pelleport era solito di passare e di far passare i suoi carrettieri sopra un terreno appartenente ai conjugi Carteret. Sotto il 6 e 11 Luglio 1807 questo possesso fu turbato, attesochè i Carteret scavarono un fosso per intercettare il passaggio. Da ciò nacque l'azione per turbato possesso (*en complainte*). Qui non nacque contestazione

alcuna sul fatto del possesso annale; la difficoltà insorse sul punto di diritto. I Carteret sostennero per principio generale, che l'azione per turbato possesso annale non era ammissibile nelle materie non soggette a prescrizione. Nel caso presente, dicevano essi, la materia è un diritto di passaggio di servitù *discontinua*, diritto che la legge dichiara imprescrittibile (§ 688 e 691 del Codice Napoleone): dunque siamo fuori del caso di potere ammettere l'azione di turbato possesso annale. — Sotto il 20 Luglio 1807 il Giudice di pace, rigettata l'eccezione dei Carteret, dichiarò che Pelleport fosse mantenuto in possesso del diritto di passare.

Contro questa sentenza i Carteret interposero appello, insistendo sull'applicazione del principio, che l'azione per turbato possesso annale non è ammissibile nelle servitù imprescrittibili. Diffatti, dicevano essi, qual è il fondamento della *complainte?* Esso è perchè il possessore viene *presunto* proprietario. Dunque allorchè la natura del suo possesso è tale, che non ne risulti la presunzione di proprietà, non si dà più luogo a mantenere o a reintegrare. In vista di ciò tutti gli autori sono d'accordo, che la manutenzione non è dovuta ad un possesso acquistato *vi, clam, precario.* Parimente, ch' essa non è dovuta al possesso, ch'è essenzialmente risultato della tolleranza del vicino (art. 2232 del Codice Napoleone). Ora la tolleranza del vicino viene necessariamente presunta, allorchè il possesso non può partorire prescrizione. Dunque in materia imprescrittibile il possesso non fa altrimenti presumere la proprietà; dunque essa non può prestare fondamento alla manutenzione di un possesso provvisorio.

Non sarebbe egli assurdo o contraddittorio di accordare al possesso annale l' effetto di ottenere la manutenzione provvisoria, allorchè il possesso trentennario ed anche immemorabile non potrebbe avere alcun effetto pel possesso definitivo o per la proprietà? Questi principii, corredati coll' autorità degli autori e delle decisioni, presentavano un argomento di molta forza.

Ma il Pelleport ne deviò l' effetto nella seguente maniera. Tutto ciò sarebbe vero, diss'egli, se si trattasse d' una servitù *senza titolo;* se la possessione annale, di cui mi prevalgo, potesse essere riputata effetto della *tolleranza.* Ma io sono in un caso totalmente diverso: il mio diritto di passaggio è stabilito espressamente da un titolo. Diffatti egli produsse un titolo del 17 Luglio 1774, celebrato fra i suoi autori e quelli dei Carteret. Allorchè usai, diss' egli, del passaggio contrastatomi, ciò fu in virtù del mio titolo; e se voi m' avete lasciato passare, egli è perchè sapevate che io aveva un titolo. Dunque qui non vi è *tolleranza,* non vi è

vizio nel mio possesso; dunque debbo essere mantenuto nel medesimo. Sofisma! replicavano gli appellanti. Qui si tratta di un' azione *possessoria:* dunque non si deve ragionare come se si discutesse il *petitorio*. Se siavi o non siavi titolo in favore della servitù contestata, noi lo esamineremo nel giudizio *definitivo*, nel quale discuteremo se esista servitù, o no. Qui noi agitiamo solamente il punto di un possesso annale avente i caratteri necessarii ad ottenere la manutenzione. Dunque non si deve esaminare fuorchè il fatto del possesso annale considerato per sè solo, e co'suoi caratteri intrinseci o esteriori. Ma così è, che considerato per sè solo, egli è dovuto soltanto alle maniere di buon vicinato, e si presume dovuto alla tolleranza: dunque tale possesso non può essere il fondamento di un'azione possessoria (art. 2232 del Codice Napoleone).

Col 20 Luglio 1808 il Tribunale civile di S. Gaudenzio decise essere stato ben giudicato, e male appellato. In conseguenza mantenne Pelleport nel suo possesso in vista del fatto dell'annale possesso, e della produzione del suo titolo, al quale niuna legge vieta di dar valore nei giudizii in possessorio.

Contro questa sentenza i Carteret ricorsero in Cassazione per titolo di contravvenzione agli art. 688-691 e 2232 del Codice Napoleone. E siccome le parti non fecero che ripetere in maniera più ampia le cose antecedentemente disputate, così noi allegheremo la sola decisione della Corte di Cassazione suddetta.

« Decreto. — Se il possesso annale di una servitù *discontinua* » non può prestare diritto d'intentare l'azione possessoria, egli è per» chè il possesso in questa materia non potendo giammai conferire al» cun diritto alla proprietà della cosa reclamata, il possesso è sempre ri» putato *precario*, ed in conseguenza manca del carattere richiesto dalla » legge. Ma non è più lo stesso allorchè questo possesso viene munito » di *titolo*, attesochè allora non può essere più effetto di semplice *tolle*» ranza, nè essere riguardato come precario. »

« Attesochè se il Giudice incaricato unicamente di statuire sul pos» sessorio non può definitivamente giudicare della validità del titolo, egli » può ciò non ostante ordinarne provvisoriamente l'esecuzione quanto » al possesso; valersene per giudicare del carattere del possesso, e ac» cordare il godimento provvisorio a colui che ha un possesso annale ac» compagnato da titolo, sotto la riserva di tutti i diritti delle parti in » merito. »

« Attesochè nel caso presente il possesso allegato dal Pelleport era » accompagnato da un titolo pel quale egli non poteva essere conside-

» rato come precario, e risultante da semplice tolleranza, e però davasi » luogo all'azione possessoria, e il Giudice di pace era competente. — » La Corte rigetta, ec. »

« Del 24 Luglio 1810. Corte di Cassazione, Sezione civile » (1)-(2).

CAPO XXVI.

Principio di ragione giustificante la produzione del titolo onde ottenère in via sommaria la reintegrazione di possesso nelle materie per sè non prescrittibili con meri atti possessorii.

§ 1459. L'identità della materia apre qui una riflessione, la quale può essere *comune* tanto alle vecchie procedure, nelle quali si ammetteva il possesso *sommario*, quanto a quelle che sono usate in Francia. E per non uscire dalla materia dell'acquedotto, suppongasi il caso seguente. Pietro tiene un fontanile che somministra acqua a' suoi fondi. Questa viene scaricata *naturalmente* sul fondo di Paolo. Supponiamo che fra Pietro e Paolo nasca la convenzione, colla quale Pietro si obblighi di non deviare l'acqua suddetta. Avviene alcuni anni dopo che, per mala intelligenza fra questi due vicini, Pietro devia l'acqua cui aveva promesso di lasciar trascorrere.

Paolo allora si presenta in giudizio, porge la sua querela di turbato possesso dentro l'anno, domanda d'essere restituito contro lo spoglio sofferto da Pietro, e prova in primo luogo il possesso non vizioso esercitato dentro l'anno. In secondo luogo soggiunge la convenzione conclusa alcuni anni prima con Pietro, facendo istanza non solamente di essere restituito nel suo primiero possesso, ma che a Pietro sia vietato di molestarlo in futuro, salvo a Pietro il diritto d'eccepire in petitorio quanto crederà di ragione contro la prodotta convenzione.

Pietro insorge contro questa domanda dicendo: L'acqua che dal mio fondo decorre sul tuo, vi decorre pel *naturale* pendìo, del quale non esiste memoria in contrario. Ma dall'altra parte è certo che, se vi fosse decorsa anche per mille anni, ciò non avrebbe tolto, come non toglie, a me il diritto di distornarla a mio piacere. Dunque avendo riguardo al *fatto* del possesso, qui si tratta di un oggetto puramente *facoltativo*, dal

(1) Si noti bene che qui il ricorso è rigettato dalla Sezione *civile*, e non da quella dei *ricorsi*, come al solito. Ciò è di grave effetto nella giurisprudenza francese, perchè in essa fanno *massima di diritto* le sole decisioni della Sezione civile, attesochè quelle della Sezione dei ricorsi molte volte possono derivare da motivi diversi.

(2) Sirey, Tomo decimo, Parte seconda, pag. 334-337.

quale tu non puoi trarre veruu fondamento di possesso provvisoriamente manutenibile.

Sia pur vero che tu produca una convenzione tanti anni prima conchiusa con me; sia anche vero che tu abbia posseduto palesemente, pacificamente, e per conto proprio: e che perciò? Sarà sempre vero del pari che la cognizione di detta convenzione è cosa di altra indagine, e che non si può discutere fuorchè *in petitorio*.

Dunque fino a che non siasi trattata la quistione in merito, e colla cognizione del *titolo*, non si potrà nè si dovrà mantenere Paolo nel possesso da lui domandato, stantechè non consta veramente in *via di fatto* apparente avere egli mai posseduto un' acqua la quale naturalmente scorreva dal mio fondo al suo, e cui anzi, in mancanza d'ogni convenzione, era tenuto a *sopportare*, senza obbligar me a deviarla.

§ 1460. Da questo discorso di Pietro che cosa emerge? Che ogni legittimo possessore turbato nell' esercizio d' una servitù che non si può acquistare mediante atti possessorii, dovrebbe con suo grave danno aspettare l' ultima definitiva sentenza passata in giudicato prima di essere reintegrato nell' esercizio effettivo del suo diritto. Questo inconveniente fu sentito anche dalle ultime legislazioni, dimodochè i prammatici ammisero d' accordo, che nella domanda di sommaria reintegrazione e manutenzione fosse lecito produrre anche i *documenti* risguardanti il titolo della esercitata servitù, salva alla parte contraria la ragione d'eccepire ciò che fosse di suo interesse, e di discutere in altra sede di giudizio il merito stesso della causa.

§ 1461. Conviene per altro confessare, che le regole della comune giurisprudenza erano per sè troppo vaghe ed illimitate nell' assegnare i casi nei quali taluno si doveva giovare colla produzione del titolo dell' acquistata servitù. Questa indefinita libertà non cessava di far contrasto coll' altra regola, che nella manutenzione *provvisoria* non si può agitare il *merito* ossia il titolo dell' asserito possesso, nel quale si cerca di essere mantenuto.

§ 1462. Anche nella legislazione romana abbiamo esempii dell' intervento dell'autorità del Pretore in possessi i quali non erano nemmeno *momentaneamente* manutenibili senza la produzione simultanea del titolo. Tali erano appunto i possessi di acque da *pubblici* acquedotti, che erano per sè imprescrittibili (1). Prescindendo dal carattere speciale

(1) Ulpiano commentando l'editto del Pretore da noi riportato, *Quo ex castello etc.*, nella legge 1. § 38. Dig. *De aqua quotidiana et aestiva*, soggiunge al § 45 il seguente

della pubblicità, ed elevandosi al principio di ragione, è per sè chiaro che un autorevole possessore deve essere *guarentito;* ed in tanto appunto il possessore annale *non vizioso* viene provvisoriamente guarentito in quanto appunto presenta una presunzione di quest'*autorità.* Dunque se per caso si trattasse d'un possesso che non presentasse l'ORDINARIA presunzione della legge, si deve certamente concedere che il possessore lo giustifichi col titolo speciale, onde non renderlo di condizione deteriore degli altri, ai quali la natura dei loro possessi presta la presunzione imprestata dalla legge. Senza di ciò la legge praticherebbe una disparità di trattamento, non giustificata da veruna ragione.

§ 1463. In questi casi la produzione del titolo fa le veci del *non vi, non clam, non precario,* che la natura stessa del possesso escluderebbe, se non vi fosse titolo. Diciam meglio: senza la produzione del titolo il possesso apparirebbe o così nullo o così riprovato, che si risolverebbe in un *precario* o in una *usurpazione.* Pertanto in siffatti oggetti conviene ad ogni modo che il giudice abbia riguardo al titolo, non per attribuire *definitivamente* il diritto, ma per esimere il possesso dalla presunzione almeno di precarietà. In questo senso la produzione del titolo serve, come dicono i prammatici, AD COLORANDUM il possessorio. La frase vaga ed insignificante *ad colorandum* si riduce ad escludere la prima presunzione di precarietà presentata dalla natura medesima dell'oggetto posseduto.

La discussione poi del *valore legale* di questo titolo appartiene al giudicio di *merito,* ossia al petitorio. Così distinto il *fatto* del titolo dal

---

avvertimento. « Meminisse autem debemus » in hoc interdicto totam quaestionem finiri » adsignationibus: non enim praeparat hoc » interdictum causam ut superiora interdicta, » nec ad possessionem temporariam pertinet; » sed aut habet jus adsignatum sibi, aut non » habet, et interdictum totum finitur. »

Qui colla locuzione *ad possessionem temporariam* non s'indica la manutenzione, ma bensì la causa dell'interdetto medesimo. Egli è lo stesso come se Ulpiano avesse detto: questo interdetto non viene determinato dai meri atti possessorii, ma viene giovato dal titolo. Coll'essere poi interdetto pretorio, altro non importa fuorchè una *nozione amministrativa,* la quale salvando alle parti tutte le ragioni di diritto, mantiene intanto il possessore nel godimento ottenuto fino a quel giorno, e lo stabilisce contro attentati praticati da altri. L'indole perpetua degli interdetti pretorii consisteva in queste semplici nozioni amministrative, come viene riconosciuto da tutti gli scrittori della vecchia giurisprudenza, regolata dal così detto *comune Diritto.*

Anche a questi dì le così dette *nozioni economiche* o *amministrative* non importano altro effetto, che quello che per motivo di pace pubblica sieno mantenuti i possessi a prima fronte non viziosi; salva la discussione giudiziale del valore giuridico di detti possessi, e salvi i diritti rispettivamente competenti alle parti, da conoscersi secondo la loro verità.

valore giuridico del medesimo, si trova come la teoria *comune* s' identifichi colla francese, e da qual principio di ragione dipendano amendue. Io invito i miei lettori a porre attenzione a questo punto.

CAPO XXVII.

Se in ogni specie di servitù possano nella legislazione francese accadere vie di fatto, *ed esercitarsi le azioni possessorie.*

1464. Nel § 39 della *Teoria delle azioni ed eccezioni della Cassazione francese* viene posta la massima, non essere ammissibile l'azione possessoria se non quando la servitù può essere *prescritta*. A primo tratto questa espressione può fare difficoltà, confrontandola colla decisione testè recata fra Pelleport e Carteret. Ma se più addentro si esamini la cosa, noi ci avvedremo che il citato articolo non implica contraddizione alcuna colla suddetta decisione. Diffatti altro è dire che una servitù non si possa acquistare colla pratica di meri atti possessorii, ed altro è dire che, essendo acquistata con titolo e continuata con atti possessorii, possa o non possa essere prescritta. Ricordiamoci che altro è l'acquisizione *definitiva*, ed altro l'acquisizione *irrevocabile*. Qui io non abbisogno nè di spiegare nè di comprovare questa distinzione, dopo quello che ho scritto nel Lib. II. Capo XIV. della Parte antecedente.

§ 1465. Tutte le servitù acquistate con titolo e con documento scritto, che non soffra eccezione nè dal canto delle formalità intrinseche, nè dal canto delle estrinseche, abbisognano del suggello del tempo, onde divenire *irrevocabili*. Questa è appunto la funzione della così detta *usucapione*, la quale dal Codice Napoleone viene inchiusa sotto il nome generale di *prescrizione*. Dunque se il citato art. 39 ha usato della parola *prescrittibile*, egli ha compreso tanto quelle che vengono acquistate mediante puri atti possessorii, continuati per trent'anni pubblicamente, senza violenza e per titolo di proprietà, quanto quelle che abbisognano di un titolo originario per essere fondate, ed in seguito continuate senza vizio di precarietà.

§ 1466. Certamente se il citato art. 39, invece di usare la parola *prescritta*, avesse detto che l'azione possessoria non è ammissibile nelle servitù continue non apparenti, e nelle discontinue apparenti o non apparenti, avrebbe stabilito una massima assolutamente *contrastante* con quella che fu spiegata dalla Corte di Cassazione nella causa Carteret e Pelleport. In questo caso sarebbe risultato che, trattandosi di siffatte servitù, non si avrebbe mai potuto esercitare l'azione possessoria intesa

sotto il nome di *complainte*, e che si avrebbe potuto agire solamente in petitorio. Ma avendosi nel citato art. 39 fatto valere il carattere di *prescrittibile*, non fu posto in mezzo nè il continuo non apparente, nè il discontinuo, ma si è fatto valere unicamente il *prescrittibile* e *non prescrittibile*. In questa guisa l'articolo suddetto si è riferito a tutti quei *mezzi* coi quali, qualunque sia la servitù, essa può essere guarentita, sia da usucapione, sia da prescrizione perentoria. Questo schiarimento riesce importantissimo non tanto per ispiegare la mente del citato articolo, quanto per intendere nella loro dovuta estensione ed esattezza i rapporti intrinseci della materia che trattiamo.

§ 1467. Guardiamoci dal confondere i *caratteri* originarii dei diritti attribuiti coi *mezzi* autorizzati dalla legge onde acquistarli e mantenerli. Qui trattiamo delle azioni esercibili in giudizio, e per conseguenza contempliamo lo stato delle cose tali e quali debbono presentarsi avanti ai tribunali. Non solamente tutte le condizioni fondamentali, ma eziandio tutti i mezzi coi quali un' azione è esercibile, devono essere essenzialmente supposti; talchè qui la nuda teoria delle attribuzioni originarie riuscirebbe imperfetta.

§ 1468. Ora veniamo all' argomento principale di questa Sezione. Si domanda se, malgrado la varietà dei requisiti del giusto possesso, voluta dalla legislazione francese, possano aver luogo in ogni specie di servitù continue o discontinue, apparenti o non apparenti, le *vie di fatto*, quali furono spiegate al principio del presente Libro. — La risposta a questa domanda è per sè ovvia, dopo le cose fin qui esposte. Figuriamo noi forse una servitù continua ed apparente? In tal caso, almenò se il possessore abbia goduto senza vizio per più di un anno, non può essere turbato per privata autorità; e in conseguenza ogni turbazione o spoglio, benchè solamente *reale*, deve essere qualificato come *via di fatto* riprovata dalla legge, e punita anche criminalmente, benchè non sia intervenuta violenza alla persona, nè ingiuria o sevizie di sorte alcuna.

§ 1469. Figuriamo noi forse una servitù discontinua, sia o no apparente, o una continua non apparente, ma che sia stata acquistata da principio con atto autentico, o comprovante secondo la legislazione vigente? — Anche in questo caso qualunque turbazione o spoglio praticato per privata autorità diviene *via di fatto* riprovevole al pari delle altre, e ciò in forza dello stesso principio e dello stesso diritto. La diversità delle prove in un solo articolo, qual è quello della non precarietà, non può indurre differenza rispetto alla illegittimità dell' atto praticato dallo spogliatore o perturbatore. Sarà dunque vero che il possessore al

cospetto della legge viene considerato, almeno presuntivamente, come autorizzato ad esercitare la data servitù; e però in forza del principio generale di tutelare i possessi autorevoli, deve necessariamente reprimere gli atti di forza privata, salva sempre la cognizione della verità intrinseca dei diritti competenti alle parti interessate.

§. 1470. Ad ogni modo adunque, posti *possessi autorizzati* sia pei caratteri ordinarii e comuni alle servitù continue apparenti, sia pei caratteri proprii alle discontinue apparenti o non apparenti, sia finalmente alle continue non apparenti, si dovrà stabilire come regola generale, non essere mai permesso agire di privata autorità contro l'esercizio di fatto di questi possessi; ma doversi sempre per qualunque pretesa ricorrere al ministero della pubblica autorità. Viceversa poi, se taluno si facesse lecito di privato arbitrio, comunque giustificato per rapporto al diritto, di turbare siffatti possessi autorizzati, costui dovrebbe essere represso come violatore della comune sicurezza dei possessi in società, ed il possessore dovrebbe essere restituito, reintegrato e mantenuto, fino a causa conosciuta, nel pieno e libero esercizio del possesso a lui competente.

§ 1471. Ecco la universale conseguenza che nasce dall'esame della vigente giurisprudenza francese in punto dell'esercizio della servitù; ed ecco in quale maniera possono aver luogo le *vie di fatto* in qualunque specie delle dette servitù. La conseguenza inversa poi nasce dalle stesse osservazioni fatte sin qui; vale a dire, essere permesso di agire per propria autorità, onde interrompere l'esercizio d'una servitù, comunque esercitata palesamente e senza violenza, tutte le volte che viene affetta da *precarietà*, sia convenzionale, sia legale. La *convenzionale* è quella della quale abbiamo parlato in quest' Opera nel Libro II. Capo VIII. della Parte II. La *legale* poi è quella che nasce in tutte quelle servitù, l'acquisizione delle quali non fu autorizzata mediante semplici atti possessorii. Tali sono appunto le continue non apparenti, e le discontinue apparenti o non apparenti. Quando in queste manchi il *titolo* richiesto dalle leggi, un padrone, il quale abbia sofferto un contrario possesso anche palese o non violento per molti anni, può interromperlo per privata autorità, senza incorrere la taccia di commettere veruna *via di fatto*. Ecco l'altra conseguenza universale inversa per qualificare come innocenti le azioni di un interessato in favore della libertà dei proprii beni.

§ 1472. L'applicazione di amendue questi canoni è per sè facile a farsi in materia di *acquedotto*, se si consulti quanto abbiamo detto onde distinguere i casi nei quali si verifica la servitù continua non appa-

rente o la discontinua qualsiasi di questa condotta. Facile mi sarebbe figurare casi diversi adatti a questi diversi caratteri della servitù della condotta delle acque. Io però mi astengo dal farlo, sì per la facilità della loro posizione e soluzione, e sì perchè in una parte teorica come questa essi sarebbero fuori di luogo.

Qui mi conviene soltanto ricordare, che il possessore d'una pretesa servitù, la quale secondo la legge non si può acquistare senza titolo, dee riguardarsi come *semplice possessore* PRECARIO, che può *a beneplacito* essere privato del godimento della servitù. Ma ogni qual volta è ammessa la *rivocazione a beneplacito*, egli è assurdo figurare alcuna *via di fatto* riprovevole: dunque in questi casi non si può figurare *via di fatto* alcuna.

CAPO XXVIII.

Dell'unione del possesso dell'autore e del successore per far valere l'annale possesso provvisoriamente manutenibile. Importanza e coerenza di questa unione.

§ 1473. L'unione dei tempi fra l'antecessore e il successore nella ordinaria prescrizione od usucapione è cosa abbastanza nota in giurisprudenza, ed ammessa in tutte le anteriori e posteriori legislazioni. Ma non è ugualmente nota o almeno bastantemente avvertita trattandosi di possesso *sommario*, benchè la forza dei principii suggerisca una identica conseguenza. Diffatti il possesso annale palese, pacifico, non violento, e fatto *animo domini*, veramente non è altro che una *frazione* dello stesso possesso continuato per dieci, venti o trent'anni. Dunque se egli è della stessa natura, se richiede gli stessi caratteri, se anzi il lungo possesso non è che una continuazione dell'annale, il quale si può verificare dopo molti anni fino all'ultimo momento della prescrizione; ne viene la necessaria conseguenza, che anche per compiere il possesso annale si debbono unire i tempi del possessore anteriore con quelli del posteriore. Senza di ciò sarebbe logicamente impossibile verificare l'unione dei tempi attribuita alla lunga prescrizione, sì perchè si dovrebbe sempre incominciare di nuovo in ogni mutazione di proprietà, e sì perchè la ricerca dell'annale possesso non si restringe veramente al *primo anno* nel quale taluno ha posseduto, ma bensì nell'avere posseduto senza vizio e senza turbazione durante un anno, in *qualunque tronco* esso possa cadere.

Questa precisione si deve bene avvertire allorchè si disputa di tale

argomento; e per conseguenza si deve pensare per la querela di *turbato possesso* non essere necessario che il possessore querelante abbia posseduto in proprio per un anno intero, ma bastare un giorno, un mese o più, da unirsi, se fia d'uopo, col possesso dell'antecessore, da cui ebbe causa sì a titolo generale, che a titolo particolare.

§ 1474. Importa assaissimo per la continuità economica, e per la tutela di tutti gli acquirenti di qualunque diritto e di qualunque servitù, la facoltà di unire così i tempi del possesso esercitato dall'antecessore, quand'anche si tratti della mera reintegrazione o restituzione sommaria. Senza di ciò i recenti acquisitori anche con titolo legittimo dovrebbero subire l'inconveniente di trattare in petitorio la difesa del possesso legittimamente da loro acquistato, e soffrire tutti gl'incomodi e gl'inconvenienti di una ritardata reintegrazione. Dunque importa assaissimo che i difensori delle parti, i quali domandano o una reintegrazione o una manutenzione *sommaria*, allorchè il loro cliente si trova possedere da pochi giorni o mesi la cosa ceduta, ricerchino se il loro antecessore a titolo universale o particolare abbia posseduto senza vizio, ed *animo domini*, onde unire così il tempo, e completare il possesso annale, dal quale dipende questa sommaria manutenzione. Dall'altra parte poi importa pure il sapere se contro un successore e nuovo possessore di brevissimo tempo si possano verificare *vie di fatto* riprovevoli, onde agire per reprimerle, o almeno anticipatamente far rispettare i legittimi passaggi delle proprietà, e guarentire la *continuità* dei possessi, che forma l'anima della continuità economica. Un grande interesse privato e comune esige di ben conoscere e tutelare fermamente anche questa parte, onde agevolare vieppiù la libera e necessaria circolazione delle proprietà e degli altri diritti immobiliari.

§ 1475. Quando il difensore vegga che nell'antecessore del suo cliente si verifica l'annale possesso richiesto dalle leggi, egli può sicuramente domandare la manutenzione o la reintegrazione, come se il suo cliente avesse posseduto in *testa propria*. Contemporaneamente poi la pubblica autorità può agire sicuramente contro la turbazione a titolo di *via di fatto*, sia reale, sia personale, come se non fosse avvenuto passaggio alcuno di proprietà, ed il possesso avesse continuato senza vizio in una identica ed immortale persona.

§ 1476. E sebbene il principio fin qui esposto, benchè suggerito dalla ragione ed avvalorato dall'autorità del Corpo che formò la teoria delle azioni ed eccezioni, non sembri abbisognare di ulteriore conferma, ciò non ostante piacemi confermarlo almeno coll'esempio d'una solenne

decisione giudiziale della stessa Corte di Cassazione, anteriore alla sopraddetta teoria.

Nel giorno 9 brumale, anno 9., i cittadini Husquin e Lefebure, mediante scrittura privata, acquistarono dalle sorelle Mascrany 3000 jugeri di bosco, situati nel Cantone di Auroux, Dipartimento della Nievre. Questa scrittura fu munita del pubblico registro, onde acquistare data certa, sotto il giorno 19 dello stesso mese ed anno. Dieci giorni dopo, la stessa scrittura fu riconosciuta e ridotta a pubblico istromento notarile. Finalmente sotto il giorno 6 frimale susseguente questo istromento fu trascritto nell' Ufficio delle ipoteche del luogo nel quale i beni erano situati.

Mentre le sorelle proprietarie eseguivano tutti questi atti in persona, avvenne che un loro procuratore, ch'era lontano dal paese, vendette sotto il giorno 11 brumale (vale a dire due giorni dopo delle sorelle proprietarie) al cittadino Thomas gli stessi boschi, anch'egli con iscrittura privata. È da notarsi che il luogo, in cui i primi acquisitori si trovavano, era così distante da quello del secondo, che non può cadere sospetto che questi avesse notizia della vendita già fatta dalle sorelle proprietarie. Di più è da osservarsi, che il detto secondo acquirente non procurò data certa al suo atto, fuorchè sotto il giorno 6 nevoso dello stesso anno, e per conseguenza molto più tardi dei primi acquirenti.

Benchè i primi acquirenti avessero la priorità del titolo sopra il secondo, ciò non ostante il secondo si pose in possesso dei boschi comprati, mentre i primi non avevano nominato che un guardiano ed un agente.

In vista di questa presa di possesso del Thomas, gli acquirenti anteriori Husquin e Lefebure citarono il Thomas avanti il Giudice di pace del Cantone d'Auroux in via sommaria (*en complainte*). Ciò fu sotto il dì 1.° nevoso, anno 9. Il citato dal canto suo dichiarò di prendere questa citazione come turbazione di possesso, e formò una domanda riconvenzionale di giudizio sommario come gli attori suddetti.

Dopo diversi incidenti, dei quali è inutile render conto, il Giudice di pace sotto il giorno 19 pratile, anno 9., pronunciò sentenza, colla quale accordò la *manutenzione* ai cittadini Husquin e Lefebure, proibì al Thomas di turbarli, e lo condannò ai danni e agl'interessi.

I motivi di questa sentenza sono: « Constare *in fatto* che veruna delle » parti non ha nè può avere in testa propria il possesso annale dei bo- » schi di cui si tratta, poichè il loro diritto non comincia che al mese di » brumale ultimo. — Quanto al *diritto*, essere principio che nella pre- » scrizione e in tutte le azioni si deve riunire, contare e considerare il

» possesso dell' autore con quello dei successori o acquirenti. — Che » veruna delle parti non avendo possesso annale in testa propria, con» viene necessariamente ricorrere al possesso del loro autore. Per la qual » cosa tutta la questione consiste nel sapere quale delle due parti sia in » diritto d'attribuirsi questo possesso, e di rivendicare quello delle so» relle Mascrany in proprio favore. — Che la soluzione di questa qui» stione rende necessario ed anche indispensabile l' ESAME DEI TITOLI » DELLE PARTI, non a fine di giudicare della loro validità in merito, o » di sapere quale debba avere la preferenza sull' altro rispetto alla pro» prietà, lo che non appartiene alla giustizia di pace, ma solamente ri» spetto al *possesso*. Ciò stante, consta che la vendita fatta ai cittadini » Husquin e Lefebure sotto il 9 brumale, anno 9., precedette quella del » Thomas, e che di più è stata registrata prima dell' altra. — Che in forza » di questa vendita le sorelle Mascrany hanno infallibilmente conferito » tutti i loro diritti, e segnatamente il loro possesso, a questi acquirenti. » — Che questa vendita è stata inoltre rinforzata avanti a Notajo sotto » il giorno 29 dello stesso mese, e di più fu trascritta all' Ufficio delle ipo» teche sotto il giorno 6 frimale. »

« Ma che prescindendo da questi due fatti, che hanno più relazione » alla quistione di proprietà, devesi soprattutto riflettere che non era » più in potere delle sorelle Mascrany di trasferire al Thomas un possesso » già trasferito ai primi acquirenti, come pure non era possibile al Tho» mas d'acquistare questo possesso. — Dunque che i cittadini Husquin » e Lefebure sono realmente i soli che acquistarono primi il possesso o » piuttosto il diritto di prevalersi di quello delle sorelle Mascrany; e per » conseguenza poco importa che il cittadino Thomas siasi intromesso » nei boschi per primo, ed alcuni giorni prima degli attori. — Che que» sta intromissione lungi dal potere attribuirgli qualche diritto, deve anzi » riguardarsi piuttosto quale turbazione di possesso degli attori, o almeno » come un errore per parte sua. — Che il cittadino Thomas era, a vero » dire, senza titolo di possesso allorchè gli altri si posero al godimento » dei boschi venduti, attesochè la vendita a lui fatta non acquistò data » certa se non che sotto il 6 nevoso, anno 9., data della sua registrazio» ne. — Considerando dall' altra parte che nel dubbio ossia nella con» correnza si deve sempre, quanto al solo possesso, determinarsi in fa» vore di quello che presenta il titolo più apparente; quindi è, ec. »

Contro questa sentenza fu dal Thomas interposta appellazione al Tribunale civile del Circondario di Moulins-en-Gilbert. Questo Tribunale trovandosi sprovveduto di numero sufficiente di giudici, non ricusati

per decidere la causa, questa con Decreto della Cassazione fu rimessa al Tribunale civile del Circondario di Nevers, il quale sotto il giorno 21 germinale, anno 10., pronunciò il suo Decreto, col quale confermò quello del Giudice di pace.

Anche contro questo giudicato il cittadino Thomas ricorse in Cassazione. Ommettendo qui alcuni motivi estranei al punto principale, faremo osservare che il cittadino Thomas si querelava per contravvenzione al titolo 18. dell'Ordinanza del 1667, perchè, egli diceva, i giudici non avevano considerato il possesso delle parti come regola unica della loro decisione in materia puramente possessoria.

Il ministero pubblico, sostenuto dal sig. Merlin, fece osservare che il ricorrente si fa illusione sulla natura dell'azione possessoria allorchè sostiene che in quest'azione non si deve giammai *avere riguardo ai titoli*. Egli provò il contrario, allegando un passo del Trattato di Dunode, Parte II. Capitolo III., concepito nei termini seguenti: « Colui che ha » posseduto durante un anno e un giorno, ha il vantaggio di poter esercitare la *complainte, interdictum uti possidetis*, e di farsi mantenere » nel suo possesso ricorrendo dentro l'anno ed il giorno in cui egli è » stato turbato. Ciò che decide in questo caso è l'effetto del possesso. » Ei può ciò non ostante produrre il suo titolo, ed allegare le ragioni » del petitorio, per rinforzare il suo possesso. Ciò è importante allorchè » le prove del possesso sembrano eguali dall'una e dall'altra parte. »

« Noi troviamo la stessa dottrina nel Codice del presidente Fabbro, » Libro VIII. Tit. 8. 4. Definiz. 1. 3. 6. »

Ommessa qui una lunga discussione sui particolari dell'Ordinanza e delle circostanze della causa, il detto signor Merlin prosegue nei seguenti termini: « In tesi generale non v'ha dubbio che il possesso del » venditore non debba giovare al compratore, sia per prescrivere, sia » per intentare il giudizio di manutenzione (*complainte*). E d'ondè mai » il compratore trae diritto di congiungere così il possesso del suo venditore al proprio? Egli lo trae dalla trasmissione fattagli dal venditore » de' suoi diritti sulla cosa venduta. Per la qual cosa facendo valere il » possesso del suo venditore, egli esercita il diritto stesso competente » al suo venditore; anzi egli rappresenta il suo venditore stesso; egli è » lo stesso venditore che agisce coll'organo di lui. »

« Egli può dunque intentare il giudizio di manutenzione negli stessi » *casi*, per le stesse *cause*, e contro le stesse *persone*, come potrebbe » competere al suo venditore. E viceversa se vi sono *casi* nei quali il » venditore no'l potesse, se vi sono *cause* per le quali il venditore no'l

» potesse, se vi sono *persone* contro le quali il venditore no'l potesse,
» è certo che il compratore no'l potrebbe dal canto suo: *nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habet.* »

« Decisione. — Attesochè sul primo motivo il giudicato denunziato dichiara il fatto, che i giudici di Nevers non avevano ricevuto dal Tribunale di Cassazione altri poteri, che quello di giudicare in via d'appello sulla sentenza del 19 pratile, e che il Decreto del Tribunale di Cassazione, che poteva solo distruggere quest'asserzione, non è stato prodotto dal ricorrente. »

« Attesochè sul secondo motivo le sorelle Mascrany cogli atti 9 e 19 brumale hanno trasferito tutti i loro diritti rescindenti e rescissorii sopra i boschi di cui si tratta ai cittadini Husquin e Lefebure. »

« Attesochè relativamente ai terzi le sorelle Mascrany avevano ancora a quell'epoca il possesso incontrastabile dei detti boschi, e Husquin e Lefebure, che vi succedettero senza alcuna interruzione legale tanto in nome proprio, quanto delle loro venditrici, intentarono l'azione di manutenzione (*en complainte*) nell'anno del turbamento, risultante dal possesso di fatto allegato dal Thomas; d'onde segue, che il giudicato denunziato riesce conforme all'articolo 1. del tit. 18. dell'Ordinanza del 1667. »

« Per questi motivi il Tribunale rigetta il ricorso, e condanna il ricorrente nella multa di 150 franchi. — Del 12 fruttidoro, anno 10. — Relatore Porriquet » (1).

CAPO XXIX.

Distinzione fra il possesso reale ed effettivo di fatto in testa propria, ed il possesso rappresentativo del proprio autore.

§ 1477. Nel leggere questa decisione io debbo prevedere che sorgerà una difficoltà, confrontando i motivi di essa col Capo VIII. di questo Libro. Ivi ho affermato che il possesso *effettivo* e *reale* non si può *acquistare* che colla positiva occupazione e tradizione, e non si può *esercitare* che mediante quella serie di atti fisici, i quali manifestano il dominio esclusivo. Per lo contrario nelle conclusioni ora recate del pubblico Ministero si prescinde da queste condizioni in guisa, che s'introduce un *altro modo* di acquistare tale possesso. Come dunque si conciliano queste due opinioni?

(1) Merlin, *Questions de droit*, art. *Complainte*, § 2. Tom. II. pag 451-460.

§ 1478. Facile è la risposta. Io ho parlato dell'*effettivo* e *reale* possesso esercitato IN TESTA PROPRIA. Qui per lo contrario il Merlin parla del possesso *rappresentativo*, vale a dire di quello che un successore, sia particolare, sia universale, viene riputato godere come *sostituito* alla persona del suo autore. Ma, di grazia, se nel suo autore questo possesso esistette *di fatto*, e si può legalmente provare, egli è per sè evidente ch' esso consisteva in una *serie di atti fisici* che manifestavano un dominio esclusivo, come ho affermato nel detto Capo VIII. Più ancora: retrocedendo da autore in autore fino alla prima origine, si troverà realmente che coll'occupazione, accessione o tradizione materiale s'incominciò appunto questo possesso *effettivo* e *reale*. Dunque niuna contraddizione nasce quanto alla proprietà dei concetti ed alla verità della cosa fra le teorie del signor Merlin, canonizzate dalla Corte di Cassazione francese, ed i principii da me esposti nel detto Capo VIII.

§ 1479. Quello che importa per la ragione tutelare e pei giudizii manutentivi si è, che col *costituto possessorio* mettendosi il successore in luogo e stato del suo autore, si trasmette l'*azione* possessoria competente all'autore medesimo nel suo successore, così che colla mutazione materiale della persona reale non si cangia nè punto nè poco la persona *legale*, ma in forza del sistema *rappresentativo* il successore s'identifica coll'antecessore; in modo che questo successore esercita contro ogni perturbatore l'azione possessoria anche in via *sommaria*, come se non fosse accaduta mutazione veruna.

§ 1480. Ma dall'altra parte è pur vero che l'unico mezzo producente questo legale effetto risulta dall'*atto seguito*, ovvero dal *titolo*, sia particolare, sia universale; dimodochè la trasmissione dell'azione viene operata per solo ministero della *legge*, in vista della legittima successione, sia particolare, sia universale, accaduta mediante l'atto medesimo. Qual'è la conseguenza che nasce da tutto questo? — Potersi, anzi doversi riconoscere un possesso RAPPRESENTATIVO, operato appunto dalla *continuità economica* introdotta dalla legge civile, il quale in sostanza risolvesi nel possesso realmente ed effettivamente esercitato dal padrone o possessore legale *anteriore*.

Da ciò viene il diritto di esercitare contro ogni perturbatore l'*azione possessoria*, sia di manutenzione, sia di reintegrazione, sia di restituzione ec., delle quali fu già parlato.

§ 1481. Dunque malamente si concluderebbe contro un acquirente *con titolo* non potersi *all'istante*, dopo il di lui acquisto, verificare turbazione alcuna di possesso. È vero, o no, che se il cedente fosse al suo

posto, l'atto turbativo sarebbe *via di fatto?* Dunque è del pari *via di fatto* per l'acquirente. Ma voi mi dite che non si parla del *merito*, ma del *fondamento* dell'*azione possessoria* esercibile dall'acquirente. Questo fondamento sta nell'*annale possesso* richiesto per ottenere la manutenzione provvisoria. Ora si domanda come siffatto possesso sia supponibile in un uomo che soltanto *jeri* acquistò la cosa. Un giorno non è un anno. Ma dall'altra parte se manca il fondamento dell'azione giudiziaria, come si potrà essa esercitare?

§ 1482. A questa obbiezione è facile la risposta. Imperocchè o si parla del possesso esercitato *in testa propria* del successore, o si parla del possesso *continuato* in lui per forza della legge. Se parliamo del primo, si può concedere non essere possibile turbazione di una cosa che ancora non esistette in natura. Se poi parliamo del secondo, si deve concludere essere possibile la turbazione, appunto come sarebbe stata possibile nell'antecessore medesimo. In breve, conviene distinguere il possesso *effettivo* dal *rappresentativo*. Se parliamo dell'*effettivo*, siccome non fu ancora sviluppato, così non può nè potè nemmeno essere turbato. Se poi parliamo del *rappresentativo*, siccome già esisteva, e per forza di legge si continua dall'antecessore nel successore; così come potè essere turbato nell'antecessore, lo può essere anche nel successore.

§ 1483. Prima che questa teoria fosse sviluppata e convenientemente convalidata colle convenienti autorità positive, non era possibile stabilire la vera e solida teoria dei possessi rappresentativi indotti dalla sola autorità sociale coll'unire, come si suol dire, i tempi del successore con quelli del suo autore. Ma ora, dopo le cose esposte, scorgesi chiaramente in qual guisa venga operata questa unione di tempi, e quale effetto possa partorire. Ognuno comprende consistere in una *rappresentazione* operata dall'autorità della legge, per la quale si produce l'importantissimo effetto dell'*economica continuità;* ed a questo effetto si attribuiscono tutti i diritti e si annettono tutte le obbligazioni proprie di una sola e identica persona che vivesse perpetuamente.

§ 1484. Questa particolarità, mercè la quale si distingue un'incivilita società da ogni altra in istato di barbarie, fu da noi ereditata dalla romana legislazione, cotanto bestemmiata da alcuni dogmatisti moderni, i quali non sognarono nemmeno di penetrarne la corteccia. Fra questi giova distinguere Geremia Bentham, il quale non subodorò nemmeno l'importanza filosofica e politica del sistema rappresentativo, come operante la *continuità economica* propria solamente di quella mirabile unificazione, cui la natura stessa tende nell'incivilimento dei corpi politici.

Se quest'autore avesse sentita l'importanza di questo solo punto, non avrebbe così clamorosamente ingiuriata la romana legislazione e tutti i cultori di lei (1).

Ciò basti di passaggio, onde far sentire ai giureconsulti quanto importi non perdere di vista questo punto massimo, il quale sfugge agli intelletti avvezzi a cogliere le cose a brani, e ad aggirarsi sempre dentro minuti e particolari concetti delle cose.

CAPO XXX.

Della pienezza del possesso provvisoriamente mantenuto dalla francese legislazione. Sua differenza dal romano. Quistione di diritto transitorio sulle azioni possessorie oggidì esercibili presso di noi.

§ 1485. Fingiamo che un giudice abbia pronunziata la sentenza di manutenzione provvisoria in vista del solo possesso annale. Si domanda se sia lecito di *innovar nulla* nello stato materiale, conformemente a quanto veggiamo disposto dal Diritto romano.

A questa quistione o rispondiamo colla ragione, o consultiamo l'autorità. Se dobbiamo valerci della ragione, si può pronunciare in generale essere permesso in primo luogo al possessore provvisoriamente guarentito di fare tutte le opere *necessarie* alla conservazione ed all'uso determinato dell'acquedotto, nel quale intendiamo comprendere anche la presa dell'acqua. In secondo luogo poi potere egli praticare anche altre opere innocue, benchè non necessarie, semprechè la parte interessata in contrario non mostri essere di suo proprio interesse che tali opere siano tralasciate.

§ 1486. Questa seconda facoltà, in ultimo adottata anche dal Diritto romano, sembra derivare dalla nota massima: *quod tibi non nocet, et alteri prodest, facile est concedendum.* Il ministero della comune tutela dei diritti scambievoli delle parti non deve essere portato al mal

(1) Veggasi fra molti il Capitolo XVI. della sua *Vista generale d'un corpo completo di legislazione*, inserita nel Tom. I. de' suoi *Trattati di legislazione*, alle pag. 258-259 e seguenti, e ognuno rimarrà persuaso: o non avere Bentham inteso le leggi romane, o aver voluto calunniarle contro il palese e ricevuto loro senso. Moltiplicare poi le divisioni o travisarle, come fece Bentham, non è lo stesso che cogliere quegli aspetti decisivi, fecondi ed operativi, che abbisognano ad una buona legislazione.

Infinite sono le divisioni che si possono fare, a norma delle idee assolute e relative degli oggetti. Ma in un'*arte* direttiva conviene cogliere quelle che conducono all'opera, ommesse quelle che non servono che ad una oziosa speculazione.

inteso rigore d'impedire qualunque nuova opera materiale, ma solamente quelle che possono *ledere* un reciproco *interesse*, e nulla più. Collo spingere le cose più oltre si eserciterebbe un giudaico rigore, il quale sostituendo i rapporti materiali a quelli della morale equità, invece di giovare al pareggiamento delle utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà, si opporrebbe a questa mira, e assoggetterebbe l'esercizio della giustizia ad un rigore e ad un regime vessatorio, riprovato dalla ragione e dall'umanità. La manìa di sacrificare i diritti alle forme materiali accusa, come accusò sempre, l'ignoranza e la durezza di qualunque ordinazione, e porta seco una rivulsione ed un'alienazione da quell'armonica e benefica unità, la quale tende a cattivare cogl'interessi, e non a collegare colla forza o a far procedere con battiture. Minimo riescirà sempre l'effetto delle leggi e delle ordinanze, allorchè deve derivare da stimoli solamente forzati. Guarentite la parità degl'interessi, e lasciate che l'amicizia sociale e gli ufficii amorevoli siano praticati mediante un'equa libertà dai cittadini.

§ 1487. Spingendo più oltre la legale filosofia, si può domandare se le restrizioni del Diritto romano debbano essere sottintese nel giudizio di provvisoria manutenzione del possesso, almeno fino a che la causa sia discussa in petitorio. — A questa domanda rispondo col far osservare in primo luogo che cosa sia in sè stesso questo possesso manutenibile. È vero, o no, che almeno presuntivamente non è altro che il possesso competente ad un padrone esclusivo del dato bene o del dato diritto? Fingiamo che sia continuato per tanto tempo, il quale importi una perentoria prescrizione. Che cosa può fare il possessore così guarentito? Egli può esercitare tutti gli atti competenti ad un padrone esclusivo. Se parliamo di servitù, egli può esercitare tutti quegli atti che sono proprii di una servitù acquistata con pieno diritto. Dunque egli può fare non solamente tutte le opere necessarie, ma eziandio praticare tutte quelle novità materiali che stima meglio, salva sempre la condizione di non aggravare a danno di nessuno la servitù imposta. Per la qual cosa parlando dell'acquedotto, siccome può alzare o deprimere il suo canale, mutare o riformare le costruzioni senza danno sia del dispensatore dell'acqua, sia degli utenti che vi possono avere interesse, sia del fondo stesso serviente, come fu già veduto; così, avuto riguardo alla natura stessa del suo possesso, non può esistere alcuna difficoltà che anche il possessore provvisorio non possa esercitare questi medesimi atti.

§ 1488. Dunque i rigori e le limitazioni del Diritto romano si debbono risguardare come discipline di pura autorità positiva, e non come

conseguenza necessaria della natura stessa del possesso manutenibile. Dunque parlando della giurisprudenza francese, noi non possiamo nel silenzio della legge dedurre aver essa ereditato le discipline limitative del Diritto romano. Dunque, altro non constando, dobbiamo pronunciare essere permesso al possessore dell'acquedotto tutto ciò ch'è permesso sia ad un acquirente della piena servitù, sia ad un possessore guarentito con prescrizione perentoria.

§ 1489. Una conferma di questa conclusione la riscontriamo nell'art. 42 della detta *Teoria delle azioni ed eccezioni*, concepito nei termini seguenti: « Quegli che ottiene per sentenza passata in giudicato » la manutenzione e la reintegrazione, ha il pieno possesso e godimen- » to dell'oggetto contenzioso, ed il turbamento che ha sofferto non lo » ha reso possessore di mala fede.» Quest'articolo, come ognuno vede, si riferisce al possesso provvisoriamente pronunziato, e che non può essere rivocato in petitorio, come porta il contesto degli articoli antecedenti. Ora col lasciar solamente passare la sentenza rivocabile in cosa giudicata, non si fa mutare l'oggetto essenziale sul quale pronunciò; ma non si fa che rendere immutabile ciò che poteva essere rivocato con posteriore sentenza. Dunque per ciò stesso si suppone che il possesso contemplato comprendesse tutte le facoltà del *pieno possesso e godimento* espresso nel detto articolo; dunque si rileva la conferma, che nella francese legislazione non furono adottate, quanto al possesso provvisorio, le limitazioni del Diritto romano; dunque, pronunciata la manutenzione, si deve intendere il possessore avere il diritto di praticare, in fatto di condotta o di presa delle acque, tutti quegli atti che sono proprii d'un pieno ed incommutabile acquirente della rispettiva servitù.

§ 1490. Qui dunque si deve rimarcare un'importante differenza fra le disposizioni del Diritto romano e quelle del Diritto francese. Questa osservazione non è inutile anche per noi, dopo la mutazione della cessata legislazione. Imperocchè egli è certo che il diritto, l'AZIONE ed il genere delle prove sopra un atto o un diritto quesito sotto l'anteriore legislazione, si devono considerare come vigenti nel caso che insorgesse lite sopra l'atto medesimo, o sopra qualche oggetto dipendente dallo stesso. Questo canone di diritto *transitorio* è per sè stesso già dimostrato ed irrefragabile. Dunque anche oggidì, se si disputasse della servitù di acquedotto o di qualunque altro oggetto, si dovrebbe ammettere l'*azione possessoria* come necessariamente annessa al fatto passato, e come un *jus quesito* che la nuova legge non ha inteso nè punto nè poco di rivocare. Per la qual cosa si dovrebbe ammettere la domanda di manuten-

zione o reintegrazione, come in addietro si praticava. Dunque durante la manutenzione del possesso il possessore avrebbe diritto di esercitare tutti gli atti competenti ad un pieno ed irrevocabile padrone, ben inteso che l'uso della servitù o l'esercizio di qualunque altro possesso fosse regolato coi limiti proprii alla rispettiva servitù o al rispettivo godimento.

§ 1491. Così pure dicasi di coloro che acquistarono la servitù dell'acquedotto sotto l'impero delle leggi romane o del Diritto comune. Essi dovrebbero essere assoggettati alle limitazioni già notate di sopra, come pure avrebbero diritto alle stesse *azioni possessorie* che venivano praticate avanti ai tribunali, e ciò senza eccezione; anzi, in conformità del Codice vigente austriaco, il quale professa di conservare non solamente i diritti irrevocabilmente quesiti in via contrattuale, ma quelli eziandio che da leggi anteriori fossero stati attribuiti alle parti contendenti.

§ 1492. Nè a ciò può ostare la vigente procedura, poichè essa non esercita sugli affari passati altro impero, che quello che riguarda le forme materiali ed estrinseche, e non può, come non vuole, togliere nulla nè quanto al *titolo*, nè quanto all'*azione*, nè quanto al *genere delle prove*. Sarebbe dunque un cattivo ragionare, anzi sarebbe lo stesso che violare la positiva ed energica disposizione del legislatore, allorchè si pretendesse, nel silenzio del Regolamento giudiziario sulle azioni possessorie specialmente in via sommaria, che non si possa per gli affari passati domandare, sia la manutenzione, sia la reintegrazione *sommaria* nel possesso provato non vizioso, continuato secondo le leggi romane o le francesi negli affari che accaddero sotto il loro impero. I giudici che negassero questo possesso commetterebbero un eccesso di potere, e negherebbero realmente una giustizia dovuta.

SEZIONE IV.

Delle vie di fatto *considerate rispetto ai varii stati del possesso secondo la legislazione austriaca.*

CAPO XXXI.

Delle diverse azioni possessorie stabilite nella legislazione austriaca, relativamente alle quali si possono verificare vie di fatto.

§ 1493. A fine di rilevare i principii della ragione tutelare in materia di acquedotto, specialmente per ciò che risguarda le *azioni possessorie* secondo la legislazione austriaca, è necessario premettere le disposizioni

del Codice civile, le quali possono servire di fondamento alla dottrina che esponiamo. In conseguenza di ciò mi conviene recare in mezzo i seguenti articoli.

« I. È *possessore* chi tiene la cosa coll'animo di averla come pro» pria » (§ 309).

« II. Il possesso delle cose *incorporali*, ossia dei diritti, si acquista » col FARNE uso in proprio nome » (§ 312).

« Si verifica l' *uso del diritto*, se alcuno esige da un altro una co» sa come *di obbligo*, e questi *realmente* gliela presta; se impiega in » proprio vantaggio la cosa di un altro col di lui *consenso;* finalmente » quando taluno s' astiene, per proibizione di un terzo, da ciò che al» trimenti avrebbe diritto di fare » (§ 313).

« III. È *legittimo* il possesso di una cosa quando è appoggiato a » titolo valido, ossia a fondamento atto in *diritto* per acquistare il pos» sesso » (§ 316).

« IV. Il *titolo* per riguardo alle cose appartenenti a qualchedano si » fonda nella *volontà* del possessore anteriore, o nella sentenza del giu» dice, o finalmente nella legge da cui venga attribuito ad alcuno il di» ritto al possesso » (§ 317).

« V. Il detentore della cosa non ha diritto di mutare *di propria au» torità* la causa della sua detenzione, e d'arrogarsi in siffatto modo un » titolo » (§ 319).

« VI. Col *titolo valido* si acquista soltanto il *diritto* al possesso del» la cosa, non il possesso medesimo. Quegli che ha il solo diritto al pos» sesso non può, nel caso che il possesso gli sia denegato, immettervisi » d'autorità propria; ma deve, producendo il suo titolo, domandare la » immissione in possesso dal giudice ordinario nelle vie di diritto » (§ 320).

« VII. A favore del possessore milita la presunzione legale che il » titolo sia valido, e perciò egli non può essere provocato a produrlo » (§ 323).

« Questa provocazione non ha luogo neppure nel caso in cui alcu» no pretenda non potersi conciliare il possesso dell'avversario con altre » presunzioni legali, per esempio colla libertà della proprietà. »

« In simili casi chi pretende deve proporre la sua azione avanti il » giudice ordinario, e provare il diritto prevalente ch'egli crede di ave» re. In dubbio il possessore deve essere preferito » (§ 324).

« VIII. Qualunque sia il possesso, a niuno è lecito turbarlo di pro» pria autorità. Al possessore che ne sia turbato compete il diritto d'in-

» vocare l'autorità del giudice, affinchè faccia cessare ogni molestia, e » faccia risarcire il danno che verrà provato » (§ 339).

« IX. Se alcuno entra nel possesso con *violenza*, o dolosamente o » precariamente vi s'introduce di nascosto, e tenta cambiare in un di- » ritto perpetuo ciò che gli è stato conceduto soltanto per favore, senza » assumersi veruna obbligazione permanente, tale possesso, per sè ille- » gittimo e di mala fede, diventa anche vizioso. Nei casi contrarii il pos- » sesso si riterrà per non vizioso » (§ 345).

« X. Contro qualunque possessore vizioso si può proporre l'azione » tanto per la *ripristinazione* nello stato primitivo, quanto per l'*in- » dennità.* »

« L'una e l'altra, discussa la causa, dovrà decretarsi dal giudice, » anche senza riguardo a un diritto più forte che la parte convenuta po- » tesse avere sulla cosa » (§ 346).

« XI. Non potendosi *sul momento* verificare quale delle parti si trovi » in possesso *non vizioso*, e quale di esse abbia per ciò titolo all'assi- » stenza del giudice, la cosa controversa viene affidata alla custodia del » giudice o di un terzo, finchè la lite sul *possesso* sia trattata e decisa. »

« La parte soccombente può anche dopo questa decisione promo- » vere un'azione per un supposto diritto più forte che credesse compe- » terle sulla cosa medesima » (§ 347).

§ 1494. Dopo l'esposizione di questi articoli si domanda in primo luogo, se secondo questa legislazione siavi differenza fra il *possessorio* ed il *petitorio*, e se vengano ammesse queste due specie di giudizii in modo che il *petitorio* possa succedere al *possessorio*. Si badi bene ai termini della quistione. L'azione *possessoria*, di cui qui si parla, non è propriamente quella che serve per l'*usucapione* o la *prescrizione*, ma quella che deriva da un possesso *rivocabile* a causa pienamente conosciuta in petitorio.

§ 1495. L'azione del possesso *prescritto* non è esattamente azione possessoria nel senso inteso dai giureconsulti, benchè in essa si tratti in via di fatto di provare il legittimo continuato possesso pel tempo richiesto dalla legge. Eccezione perentoria di ogni azione è propriamente quella nella quale si pongono i dati legali, sia dell'*usucapione*, sia della *prescrizione*. Per lo contrario le azioni possessorie, delle quali parliamo qui, hanno per oggetto sia la *manutenzione*, sia la *reintegrazione*, sia l'*acquisizione* stessa del possesso, in vista di certi atti indipendenti dalla prescrizione e dalla usucapione.

§ 1496. Ora si domanda di nuovo se da cotali articoli apparisca essere state stabilite le azioni *possessorie* propriamente dette, nel senso ora

spiegato. A questa interrogazione si risponde AFFERMATIVAMENTE, e ciò in forza degli articoli 346 e 347, citati sotto i numeri X. e XI. Diffatti se la parte soccombe *nella lite sul possesso*, espressa nel § 347, può DOPO la decisione promovere azione per un diritto più forte a lei competente; se il giudice, in forza dell' art. 326, può prescindere dal tener conto di questo più forte diritto, e decretare la *ripristinazione* del possesso contro l'avversario rivocabile possessore, egli è per sè manifesto che qui si ammette l'azione possessoria di ripristinazione *precedente* al giudizio petitorio sulla cosa controversa, derivante da un diritto più forte di quello del possessore *provvisoriamente* manutenibile.

§ 1497. Se poi soggiungiamo la disposizione dell' art. 339, riportato sotto il N.° VIII., noi vediamo a chiare note indicato il giudizio di *manutenzione*, e quindi scorgiamo manifestamente l' azione *possessoria* di *manutenzione* nell'attuale possesso, onde allontanare ogni molestia, come dice l'articolo. Da ciò è manifesto che le azioni possessorie di MANUTENZIONE e di RIPRISTINAZIONE, *separate* dalla discussione del *titolo* fondamentale sia di proprietà, sia di vindicazione, o d'altra azione petitoria, vengono ammesse nell'austriaca legislazione, e debbono essere esercitate coll' ordine *successivo* col quale venivano esercitate sotto le legislazioni anteriori.

§ 1498. Qui però cade una distinzione importante. Dicesi nel § 339, che *qualunque* siasi il possesso, a niuno è lecito turbarlo di *propria autorità*. Ma nell' art. 346 viene dichiarato potersi proporre l'azione di ripristinazione contro qualunque possessore *vizioso*. Dal ravvicinamento di questi due articoli che cosa emerge? In primo luogo si vede che le *vie di fatto*, ossia gli atti turbativi di *propria autorità*, sono vietate contro qualunque possesso, sia vizioso o non vizioso. In secondo luogo poi si vede che se taluno, leso da atti viziosi altrui, ama difendersi contro le usurpazioni, egli deve esercitare questa difesa soltanto mediante l'autorità dei tribunali. Tal è il senso del § 346. Dunque pare che in forza di questa legislazione sia tolta la regola: *quae de facto fiunt*, *de facto tolluntur.*

§ 1499. Contro tale conclusione si potrebbe forse opporre il disposto dal § 344, concepito nei seguenti termini:

« Ai diritti di possesso appartiene anche quello di mantenersi nel » suo possesso, e di respingere colla *forza* conveniente la forza, nel caso » in cui tardi si ottenesse il soccorso del giudice. Del resto è dell'auto- » rità politica l'aver cura perchè la tranquillità pubblica sia conservata, » siccome è del tribunale criminale il punire le pubbliche violenze. »

§ 1500. Se però osserviamo attentamente la disposizione di questo paragrafo, veggiamo egli non essere derogatorio alla ordinazione *generale* di non agire di propria autorità, ma farsi in esso solamente *eccezione* pel caso di danno *irreparabile*, allorchè si dovesse aspettare il soccorso del giudice. Ma ognuno sa che una eccezione *limita* bensì una regola, ma non la *distrugge*. Dunque si può invece ritorcere l'argomento, che quest'eccezione conferma la regola in contrario, giusta l'adagio già ricevuto. Dunque risulta che ogni *via di fatto* anche nella legislazione austriaca viene assolutamente proibita, tranne il solo caso di danno irreparabile allorchè si dovesse aspettare il soccorso del giudice.

CAPO XXXII.

Distinzione fra il possesso vizioso, il provvisorio ed il legittimo del Codice civile austriaco. Differenza fra il vizioso austriaco, e il vizioso romano e francese.

§ 1501. Una maggiore difficoltà sorge sulla *manutenzione provvisoria* di un possesso non coperto ancora da prescrizione. Imperocchè, a differenza del Diritto romano e del francese, non si stabilisce *tempo alcuno*, entro il quale essendosi esercitato un possesso *non vizioso*, ma ciò non ostante *rivocabile*, questo debba essere mantenuto almeno fino alla decisione in petitorio. È sommamente importante chiarir bene lo stato di questa legislazione. In primo luogo essa distingue il possesso *illegittimo* e di *mala fede* dal possesso *vizioso*. Conviene, per quanto si può, indovinar bene questa distinzione. Prima di tutto si domanda quale sia, secondo questo Codice, il possesso *vizioso*. — A ciò risponde il § 1464, corrispondente al § 345. « Il possesso deve inoltre essere non » vizioso. Se alcuno s'impadronisce d'una cosa con *violenza* o con *dolo*, » o se s'intrude nel possesso *clandestinamente*, o possiede la cosa sol» tanto *precariamente*, nè egli nè i suoi eredi possono prescriverla. » Da questa esposizione ognuno rileva che vizioso, e quindi non *manutenibile*, ma anzi rivocabile in giudizio possessorio, è ogni possesso il quale sia affetto o da *violenza*, o da *dolo*, o da *clandestinità*, o da *precarietà*.

§ 1502. Dunque in senso negativo l'austriaca legislazione apparentemente coincide colla romana e colla francese, poichè in amendue queste si dichiara nemmeno provvisoriamente manutenibile un possesso affetto da *violenza*, da *clandestinità* o da *precarietà*. Dissi in primo luogo *in senso negativo* coincidere questa legislazione colle due anteriori, imperocchè queste stabilirono che in un possesso non *vizioso*, du-

rato per un anno, fosse provvisoriamente manutenibile. Questa positiva disposizione, *limitata* ad un anno, non s'incontra nè punto nè poco nell'austriaca; talchè a prima fronte non sappiamo se un *momentaneo* possesso, fosse anche d'un solo giorno, purchè non vizioso, sia giudiziariamente manutenibile o no fino alla completa discussione del petitorio. Dissi in secondo luogo che *apparentemente* coincide col Diritto romano e col francese. Diffatti consultando il senso di queste due legislazioni, troviamo che un possesso preso per un *colpo di mano*, senza opposizione della persona, purchè sia palese, ossia non clandestino, se venga *tollerato* per un anno, dà diritto al nuovo possessore di essere provvisoriamente mantenuto fino a causa discussa in petitorio. Noi confermeremo tosto questa ordinazione del Diritto romano e francese. Ma secondo il Codice austriaco un possesso preso per un *colpo di mano*, e senza il provato *positivo* consenso della parte interessata, è forse provvisoriamente *manutenibile?* La PRECARIETÀ o la *violenza* non è forse presunta da questo Codice tutte le volte che questo consenso positivo non è provato? Ma posta la *precarietà* e la *violenza*, non si verifica forse il possesso VIZIOSO (art. 345 del Codice civile)? Ora si domanda: in quale maniera potremo chiarire il nostro dubbio sul punto dei possessi non viziosi provvisoriamente manutenibili?

§ 1503. Senza entrare in un'assai perplessa quistione generale per ogni sorta di possessi, mi restringerò soltanto a quelli che riguardano le cose INCORPORALI, ossia i diritti immobiliari, fra i quali vengono appunto annoverate le *servitù*. Quest'oggetto è quello che primariamente riguarda il presente Trattato. Ora esaminando i paragrafi 312 e 313, sopra recati sotto il N.° II., noi troviamo che il possesso di questi diritti si acquista soltanto col *farne uso*. Ma perchè quest'uso al cospetto della legge esista, e sia veramente valutabile avanti i tribunali, si ricercano i requisiti prescritti dal detto § 313; talchè mancando essi, non si può dire *essersi verificato* l'uso contemplato dal Codice. Si badi bene alla forza dell'espressione. Se si verifica l'uso soltanto colle condizioni fissate, egli è per sè manifesto che non concorrendo tali condizioni, quest'uso valutabile NON ESISTE realmente nè per la legge, nè pei giudici. Dunque *qualunque uso* di PURO FATTO non è allegabile nè valutabile in giudizio, onde stabilire l' *esistenza* del possesso di fatto legale del dato diritto, e quindi della data servitù. Dunque qualunque interessato può negare l'esistenza di questo possesso tutte le volte che l'uso della cosa non siasi verificato colle circostanze prescritte dal Codice.

§ 1504. Qual'è la conseguenza che si affaccia alla mente dietro questa prima considerazione? Che nella legislazione austriaca si debbono distinguere TRE sorta di possessi. Il primo è il *vizioso*, il secondo l'*invalido* ossia *illegittimo*, il terzo il *valido* e *legittimo*. I caratteri del *vizioso* si distinguono colla *violenza*, colla *frode*, colla *clandestinità* e colla *precarietà*. I caratteri dell'*invalido* si distinguono coi titoli della sua RIVOCABILITÀ, benchè esso non sia *vizioso*. Si vuole poi che un tal uso possa essere rivocato a causa conosciuta, perchè mancante di titolo definitivo canonizzato dalla legge. Questo differisce dal *vizioso*, perchè per prima presunzione viene protetto dal giudice; differisce poi dal *legittimo*, perchè in petitorio può essere *rivocato*, come non conforme alla *verità reale*. Tal'è la disposizione del § 313. Io non abbisogno di spiegare per ora i caratteri del *valido* o *legale* possesso, che forma la terza specie, sì perchè egli si rileva per una correlazione contraria dalle cose esposte, e sì perchè per ora dobbiamo insistere sopra il possesso semplicemente nullo.

CAPO XXXIII.

Del primo mezzo abile ad acquistare l'azione possessoria d'una servitù, secondo il Codice austriaco. Avvertenza sugli estremi ossia requisiti di questo primo mezzo.

§ 1505. E qui posta per ora in disparte l'ultima circostanza risguardante l'acquisto di un possesso d'un diritto che si può perdere dal suo autore in conseguenza della proibizione altrui, restringiamo le nostre considerazioni agli altri due modi indicati dal detto § 313. Il primo di questi modi viene indicato colle seguenti parole: « Se alcuno esige da » un altro una cosa come di obbligo, e questi realmente gliela presta. » Qual è il caso qui figurato da questo paragrafo? Pietro esige da Paolo di passare pel suo fondo per diritto asserito, o di condurre per mezzo del medesimo un' acqua. Paolo presta realmente il suo fondo a Pietro. Dicasi lo stesso anche di una presa d'acqua dal suo fontanile. Qui, come ognuno vede, si suppone una domanda fatta per diritto inchiudente obbligo di Paolo. Quest' *obbligo* professato è una condizione richiesta dal detto § 313. Dunque se Pietro domandasse *semplicemente* a Paolo di concedergli, sia l'acqua del suo fontanile, sia la condotta attraverso al suo fondo, è per sè manifesto che Pietro non acquisterebbe il *possesso* nè della presa dell'acqua, nè della condotta a titolo di *obbligata* proprietà per lui incommutabile, malgrado che Paolo gli prestasse o l'una o l'altra cosa. Diffatti qui manca la qualità di esigerla come di

obbligo, siccome vuole il detto § 313. Dunque questa si risolverebbe realmente in una concessione puramente *facoltativa*, e rivocabile a piacere di Paolo concedente. Dunque Pietro, in vista del possesso esercitato prima che finisca il corso della prescrizione o dell'usucapione, invano potrebbe pretendere di essere mantenuto nemmeno *provvisoriamente* a titolo obbligato nel possesso da lui esercitato, benchè non peccasse di *frode*, di *violenza*, o di *clandestinità*.

Tu non possedesti mai in guisa legale, ossia valida, il diritto che tu pretendi OBBLIGATO (potrebbe rispondere Paolo), malgrado che non sia intervenuta nè clandestinità, nè violenza, nè frode; e però il tuo possesso, come puramente facoltativo, si risolve essenzialmente nel *precario*. Per la qual cosa io ho azione contro di te, in forza del § 346, di essere *ripristinato* contro l'ingiusta opposizione che tu ecciti oggidì. Fino a che tu non contrastavi, e che io tacqui, tu non tentavi d'IMMUTARE la causa *originaria* del tuo possesso; ma dal momento che tu pretendi d'insistere, *mio malgrado*, nella condotta e nella presa dell'acqua, io mi prevalgo del § 345, e come vizioso opponente io domando la tua espulsione, e la ripristinazione nella pienezza del mio autorevole possesso. — Questo è il discorso che, secondo la stretta e manifesta disposizione della legge, Paolo può tenere contro di Pietro allorchè SEMPLICEMENTE ACCONDISCESE di prestargli, sia la presa, sia la condotta dell'acqua suddetta, e Pietro la pretendesse *di obbligo*.

§ 1506. Che cosa risulta da questa disposizione paragonata col Diritto romano e francese? Non essere nè punto nè poco, nemmeno provvisoriamente, manutenibile un possesso *non violento*, *non clandestino*, e *non precario espresso*, di un diritto preteso a titolo di *padronanza* propria, e INDIPENDENTE dal *beneplacito avversario*, allorchè non consta essere stato accordato a titolo *obbligatorio*; ma un tale possesso essere manutenibile soltanto allorchè venne accordato come DI OBBLIGO preteso dall'avversario.

§ 1507. Nell'esprimere il *precario* ho aggiunta la qualità di *espresso*, e ciò per conformarmi alla vera intenzione che risulta dall'esame di questa legislazione. Diffatti se non si acquista il possesso *indipendente* di una servitù se non coll'*uso* accordato a titolo di obbligo preteso avversariamente, ne viene la necessaria conseguenza, che per correlazione contraria non si può dire esistere valido possesso *a nome proprio*, se non posta la condizione di quest'obbligo conosciuto da chi soffre la servitù, sia o non sia per sè stesso fondato in Diritto. Basta che questo diritto obbligatorio venga professato dall'avversario, e che questa pretesa

venga conosciuta quando prestò la servitù, onde stabilire che se con questa scienza egli *realmente* prestò l'uso della cosa serviente, l'utente acquistò il POSSESSO INDIPENDENTE della servitù medesima.

§ 1508. E qui deve osservarsi, che la prestazione non ha da essere nè *equivoca*, nè *fittizia*, nè *congetturale;* ma *chiara*, *positiva* e *reale*. Tal'è la letterale disposizione di questo §. Da ciò viene, che i difensori devono essere bene attenti nel far verificare la non equivoca ma *reale* prestazione indicata da questo § 313, e devono essere solleciti ad escludere ogni mezzo *dubbio* di prova che si tentasse addurre in contrario.

§ 1509. Parimente devono far constare essere chiaramente e positivamente stata *asserita* dall'utente fin da principio l'*intenzione* di voler usare per *proprio diritto*, ossia come di COSA PROPRIA, della servitù sia della condotta, sia della presa dell'acqua; e, quello che più conclude, che questa pretesa, inducente l'obbligo contrario, fosse realmente *nota* al proprietario dell'acqua o del fondo assoggettato a condotta. Senza provare i due estremi della pretesa dell'utente, e della scienza di questa pretesa nel padrone, sia dell'acqua, sia del fondo assoggettato, l'utente attore, che pretendesse d'essere mantenuto nell'uso della servitù, dovrebbe riputarsi possessore *precario*, e come tale (in contraddizione del padrone) dovrebbe desistere dall'uso, ed essere condannato, almeno provvisoriamente, a lasciare in libertà sia l'acqua, sia il fondo, malgrado che per altro titolo apportante un diritto più forte pretendesse che gli venisse aggiudicato l'uso medesimo. Questa pretesa per titolo *separato* dovrebbe essere rimessa a giudizio di vindicazione, o di altra natura; nè si potrebbe cumulare nel giudizio possessorio, in forza del § 324.

§ 1510. Dunque in difetto delle prove convenienti dei due estremi della pretesa dell'utente, e della correlativa scienza del padrone, l'essere in possesso di usare della servitù dell'acquedotto si deve da ogni giudice riputare il possesso suddetto puramente *precario*, stante la regola che ciò che civilmente non consta, civilmente non esiste. Qui diffatti i caratteri dell'obbligato possesso mancando di prova, si devono riputare come non esistenti; e per conseguenza il possesso di puro fatto, esercitato dall'utente, si deve ridurre a possesso puramente *facoltativo*, e quindi a puramente *precario*, e nulla più.

§ 1511. Forse taluno potrà opporre, che se in capo al termine della usucapione o della prescrizione manchi la prova, sia della pretesa dell'utente, sia della scienza positiva del padrone, non si potrà mai stabilire veruna prescrizione *perentoria*. Ma a ciò si può rispondere, che forse la legge per motivo di pubblica sicurezza ha voluto soltanto contemplare,

rispetto alle lunghe prescrizioni, il *precario esplicito;* e far valere, per indurre la prescrizione, la tolleranza rivocabile come titolo di *tacito assenso*, e così convertire il *tacito precario* in titolo abile per le lunghe prescrizioni. Ad ogni modo però siccome in queste lunghe prescrizioni prevale la *ragione politica* d'assicurare i possessi, così contro l'espressa disposizione del § 313, ristretto alla pura ragione privata, si potrebbero far contrastare le vedute delle lunghe prescrizioni. Per soprappiù io mi rimetto a quanto ho osservato nel Capo XII. di questo Libro. Sarà sempre vero che l'assenso che si fa valere nelle lunghe prescrizioni è semplicemente *presunto* dalla legge, dovechè quello al quale allude il § 313 del Codice austriaco, lungi dall'essere presunto, è *positivo* e *reale*. Più ancora: nelle lunghe prescrizioni la SCIENZA stessa delle intenzioni e degli atti di un *utente* è *presunta* nella parte contro cui viene prescritto, mentre nel detto § 313 si vuole assolutamente *verificata*. In forza di queste considerazioni ognuno vede quanta diversità ed opposizione passi fra i requisiti dell' uso sul quale cadono le prescrizioni, e quell' uso breve o temporaneo che può formare oggetto dei giudizii veramente *possessorii*, quali furono da noi più sopra definiti.

CAPO XXXIV.

Del secondo mezzo abile ad acquistare l'azione possessoria di una servitù secondo il Codice austriaco.

§ 1512. Passiamo ora all'altra parte del detto § 313. Questa viene espressa colle parole: *se impiega in proprio vantaggio la cosa d'un altro col di lui* CONSENSO. Paragonando questo membro coll'antecedente, qual è il caso che qui viene figurato? Nell'antecedente si suppone una domanda fatta al padrone di una cosa a titolo *obbligatorio;* qui per lo contrario si suppone il solo fatto d'impiegare a proprio vantaggio una cosa altrui col *consenso* del padrone della medesima. Qui non si parla di alcuna pretesa spiegata di volerne usare a titolo di PADRONANZA PROPRIA, ma solamente di usarne con *consenso* del padrone. Nel primo membro adunque si tratta di una *consegna* a titolo preteso *obbligato;* nel secondo del PERMESSO di un uso semplicemente *acconsentito* dal padrone, senza che nell' utente intervenga la pretesa di un titolo che obblighi il concedente, e senza nemmeno che intervenga formale consegna. Basta che intervenga il *permesso* di usarne, senza cercare altro. — Sei tu contento che io passi pel tuo fondo? Sei tu contento che io pigli acqua dal tuo fontanile? — Sì, risponde il padrone. — Ecco ciò che il

Codice suppone nel secondo membro del § 313. Poste queste circostanze, ognuno vede che qui può essere compreso anche il precario *espresso*, stantechè questo è appunto un atto *consensuale*, col quale si concede l'uso o il possesso di una data cosa rivocabile, sia a beneplacito, sia trascorso un dato tempo concordato dal padrone della cosa medesima.

§ 1513. In che differisce l'uso e quindi il possesso acquistato, che qui viene contemplato dal detto § 313, dal possesso preso per un *colpo di mano*, ed esercitato per semplice TOLLERANZA del padrone competente della cosa usata? La risposta è facile. Esigendosi il consenso, qui si esige una cosa di *fatto particolare*, che deve essere provata come in qualunque atto convenzionale ordinario al commercio della vita civile. Qui la legge non interviene con veruna presunzione indotta da lei; ma bensì, contemplando il fatto particolare dell'impiego fatto a proprio vantaggio della cosa altrui, esige pure il fatto particolare del *consenso* del padrone, a cui essa appartiene. Essa anzi esclude positivamente dal catalogo dei possessi legali manutenibili ogni uso intrapreso per un colpo di mano benchè *palese*, e senza *violenza* alla *persona*, non curando se sia tollerato per un anno o più. Questa *tolleranza* d'un uso non clandestino, e personalmente non violento, non induce nell'austriaca legislazione *presunzione* alcuna, nemmeno di tacito consenso per parte del padrone, dell'uso da altri appropriatosi, sì perchè un colpo di mano sulla proprietà altrui è una vera *via di fatto*, ossia una *violenza reale;* e sì perchè qui manca la prima ed essenziale circostanza d'ogni specie di vero e reale consenso. Diffatti il consenso, sia espresso, sia tacito, del quale parlano le leggi, suppone sempre per prima condizione, che il consenziente CONOSCA REALMENTE l'*atto* sul quale può cadere il consenso. Ma colla sola *presunzione* della scienza non consta di fatto se l'atto sia veramente stato conosciuto. Dunque colla supposizione di un atto d'uso intrapreso solamente non di nascosto, e non con violenza personale, non si può veramente stabilire se sia intervenuta positivamente la *cognizione* dell'atto medesimo.

§ 1514. Forse si dirà che dopo un tempo discreto si può dedurre una *ratifica* di questo *colpo di mano*, e quindi affermare il consenso prestato dalla parte interessata. — Ma qui io rispondo, che si commette un circolo vizioso. Questa ratifica o approvazione che cosa suppone? La precedente *cognizione* del *colpo di mano* praticato. Dunque si deve provare POSITIVAMENTE, e non *presuntivamente*, questa cognizione, prima di dedurre la conseguenza di tale ratifica o approvazione non *presuntiva*, ma di *fatto positivo*.

§ 1515. La ratifica in tanto vale in legge, in quanto è un atto *consensuale*, col quale posteriormente si acconsente ad un atto legale anteriore. La legge delle prove è legge *logica* ed *eterna*, e però comune a tutte le legislazioni. Ciò che fu stabilito in un secolo, fu stabilito per tutti. Quindi in tutti i tempi valgono le seguenti tesi, già accennate dal Mascardo: « 1.° Cum ratificatio sit *quid facti*, et ea quae facti sunt NON » PRAESUMANTUR; idcirco allegans ratificationem factam fuisse, debet il- » lam probare. — 2.° Nedum probare debet ratificatum fuisse, sed et » ratificantem *habuisse notitiam* de iis quae in ratificatione continen- » tur. Et ratio est, quod errans et ignorans non dicitur ratificare: cum » propter ignorantiam *deficiat consensus*, et ratificatio non se extendat » ad ignorata. Quod adeo verum est, ut vel instrumenti nec lecti, nec » praesentis, etiam cum juramento non valere » (1).

§ 1516. Ma fingiamo ancora che l'utente, il quale incominciò con un colpo di mano, provasse che il padrone della cosa usata *non ignorò* e presto o tardi l'uso da lui praticato: e che perciò? Altro è *sapere*, ed altro è *acconsentire*; altro è *tollerare*, ed altro è *concedere*. Postochè in tutte le legislazioni vale la regola, che NIUNO SI PRESUME VOLER GETTARE IL SUO, ne viene la necessaria conseguenza, che questa presunzione non può essere tolta col solo *silenzio* o colla mera *tolleranza*, ma che dev'essere tolta di mezzo con prove *positive* e *tassative*, colle quali si faccia constare un tale avere veramente acconsentito all'atto o al fatto a lui pregiudizievole. Più ancora: se contro il *colpo di mano* praticato da altri il padrone aveva diritto di reclamare a motivo di *turbato possesso*, come mai si dirà ch'egli *perda* questo diritto unicamente perchè seppe l'usurpazione, e sul momento non reclamò? Chi è che possa pronunciare questa perdita, se non la legge, e pronunciarla con causa ed esplicitamente, e fissando il tempo ed il modo di questa perdita? Non divergiamo dall'argomento. La mera *tolleranza* ed il solo *silenzio* non formano una *rinunzia* al proprio diritto di esclusiva proprietà. Dunque per questo mezzo non può essere acconsentito l'*uso* di una cosa nostra, preso da altri per un colpo di mano. Dunque resta che quest'uso originato in tal modo si deve, in forza dell'austriaca legislazione, riguardare come procedente da una *via di fatto* reale, o come una violenza reale. Dunque il padrone anteriore della cosa può, fino a che sia trascorsa la prescrizione perentoria, ricorrere per turbato possesso, ed agire in via POSSESSORIA, sia di *manutenzione*, sia di *reinte-*

---

(1) *De probationibus*, Conclus. 1261, n.° 1. 2. 3. 4.

grazione, a norma degli articoli sopra riportati, senza temere che provata la sua *scienza* dell'uso suddetto, e provata anche la sua *tolleranza* per un tempo minore di quello della lunga prescrizione, gli possa venire denegata la manutenzione *sommaria* o la reintegrazione del suo possesso.

§ 1517. Ecco il tenore e l'effetto della disposizione del secondo modo del § 313 ora esaminato. Io mi astengo dall'esaminare il terzo modo di acquistare il *possesso* di un diritto immobiliare, e quindi d'una servitù, espresso coll'*acquiescenza* ad un'altrui *proibizione* (continuata peraltro per tanto tempo), poichè su questo punto mi sono altrove occupato abbastanza (Parte II. Libro III. Capo VIII). Dunque riassumendo, noi troviamo che il possesso di una servitù *positiva manutenibile* non esiste, secondo l'austriaca legislazione, se non coi due mezzi: o di una *prestazione* spontanea della cosa nostra, pretesa di dominio altrui, e in vista di questa pretesa; o di una *positiva accondiscendenza* alla domanda altrui di usare della cosa nostra, benchè non si pretenda che lo dobbiamo fare per obbligo.

CAPO XXXV.

Ragguaglio fra la legislazione austriaca, la romana e la francese, in punto di possesso manutenibile, e di vie di fatto *rispettive. Idea precisa del vizio di violenza, secondo le due legislazioni romana e francese.*

§ 1518. Dunque male si ragionerebbe, e si giudicherebbe peggio, se si volessero applicare ai giudizii possessorii austriaci le regole sia della romana, sia della francese legislazione. Nella legislazione austriaca il possesso o l'uso preso per un *colpo di mano* viene sempre considerato come nullo, e pareggiato ad un possesso *viziato*, sia da VIOLENZA REALE, sia da PRECARIO TACITO. Dunque se concorra anche la *tolleranza* del padrone, senz'altra prova di consenso, ciò non ostante il possesso non perde il vizio contratto, ma rimane sempre *rivocabile* anche in via provvisoria.

§ 1519. Ma quest' idea è forse quella del Diritto romano? Col *vim facit* si comprende fors'anche il possesso preso per un semplice *colpo di mano* da un terzo, e tollerato dal padrone? A questa interrogazione rispondono le leggi, e per loro anche il Brissonio. « Vim facit qui NON » SINIT possidentem eo quod possideat, uti arbitrio suo sive in serendo, » sive in fodiendo, sive aedificando, sive quid omnino faciendo, quod li- » beram possessionem adversarii non reliquit » (Leg. 2. Dig. *De vi et* » *vi arm.*).

« In interdicto QUOD VI AUT CLAM VI factum videtur, finitore Mu» cio Scaevola, QUOD QUIS CUM PROHIBERETUR FECIT. » Leg. 74. *Vi factum*, ff. *De divers. reg. jur.* — Leg. 1. § *Hoc interdictum*, ff. *Quod vi aut clam* (1).

§ 1520. Ommessa la prima qualificazione della reale *turbazione* di possesso d'un padrone, al quale s' impedisce d'esercitare gli atti competenti alla sua padronanza, fermiamo l'attenzione sopra gli atti di forza propriamente contemplati nell' editto del Pretore, come oggetti direttamente spettanti alle AZIONI POSSESSORIE qui intese, qual'è la precisa definizione del FATTO DI FORZA contemplato dalle leggi romane: *fare un atto qualunque possessorio* IN ONTA *del divieto altrui.* Le leggi citate in nota esprimono formalmente ed energicamente quest' idea. Ulpiano ripetendo la definizione di Quinto Muzio, esprimente questa sola idea, la qualifica come *piena*. Dunque a tenore delle leggi romane non si potrà dire commettersi *atto di forza* vietato dal Pretore, ed incapace di provvisoria manutenzione, quando per un *colpo di mano*, tollerato per più d'un anno, un terzo abbia usato d'un dato possesso o d'un dato beneficio, d'una data servitù sul fondo altrui. Il caratteristico del possesso *forzato* consiste soltanto nell' usare della cosa altrui, MALGRADO IL DIVIETO della parte interessata e competente a possedere il fondo o la cosa usata.

§ 1521. Per la qual cosa nel Diritto romano deve riputarsi *senza vizio*, almeno per la provvisoria manutenzione, il possesso annale tollerato senza *contrasto*, purchè d'altronde non sia precario o clandestino, benchè abbia avuto principio per un semplice *colpo di mano*, cioè senza violenza od opposizione della persona. Ma se è così, ognuno sente quanto sia grave la *differenza* fra il possesso non manutenibile romano, ed il possesso non manutenibile austriaco. Per rilevar meglio questa differenza conviene fingere tre modi diversi di pigliare col *fatto* il possesso di una cosa altrui, o d'intraprenderne l'uso rispettivo. Il primo modo è quello di pigliarlo col *contrasto* della parte interessata in contrario; il secondo è quello di pigliarlo per un *colpo di mano* sulla cosa, sia

(1) Brissonius *De verborum significatione*, Leg. 19. verbo *Vis.* — Ecco il testo prima citato dal Brissonio, il quale non è nella legge 74., ma bensì nella 73. § 2, giusta l'edizione del Gottofredo. « Vi factum id videtur » esse qua de re quia CUM PROHIBETUR fecit; » clam quo quisque cum controversiam habe» ret, habiturumque se pertractaret fecit. » — L'altra legge è di Ulpiano nel § 5. leg. 1. Dig. *Quod vi aut clam.* Eccone le parole: « Quid sit vi factum vel clam factum videa» mus. *Vi factum* videri Quintus Mucius » scripsit, si quis CONTRA QUAM PROHIBERETUR » fecerit; et mihi videtur plena esse Quinti » Mucii definitio. »

in presenza, sia in assenza del competente padrone o interessato, senza di lui contrasto; il terzo modo finalmente è quello d'intraprendere l'uso della cosa medesima col *vero consenso* di questo padrone o interessato possessore. L'austriaca legislazione esclude i due primi modi, e non ritiene che l'ultimo; la legislazione romana per lo contrario ritiene il secondo ed il terzo, escluso soltanto il primo. Non è necessario che l'opposizione del padrone sia fatta sul momento, ma basta che lo sia dentro l'anno. Da questo ragguaglio ognuno scorge di leggieri che nella legislazione austriaca il secondo modo resta escluso così, che si considera non *esistere* nemmeno possesso legale, e quindi non potersi nemmeno provvisoriamente mantenere il possessore semplicemente tollerato; ma doversi, in vista della querela del possessore originario, espellere dall'uso intrapreso. Combinando poi le disposizioni degli altri articoli, l'utente che incominciò per un *colpo di mano* semplicemente tollerato deve nel Codice austriaco porsi nella classe dei possessori *viziosi*, o almeno non manutenibili nemmeno provvisoriamente.

§ 1522. Il raffronto fatto fra il Diritto romano e l'austriaco serve anche fra questo ed il francese, postochè in questo furono adottate le disposizioni del Diritto romano (1). A schiarimento però dell'uno e dell'altro sul punto del possesso provvisoriamente manutenibile conviene riportare un caso figurato nel *Repertorio universale di giurisprudenza*, ultimamente redatto e corretto dal sig. Merlin, all'articolo *Possession*, § 3. « Si può forse considerare (dice egli) essere possesso violento quello che Pietro acquistò introducendosi nel podere di Paolo, nel quale » non trovò persona alcuna, e nel quale posteriormente IMPEDÌ a Paolo » di rientrare prima che fosse decorso un anno e un giorno da che ebbe principio questo suo nuovo possesso? La ragione di dubitare si è, » che Pietro non impiegò violenza alcuna per entrare nel podere di Paolo. Ciò non ostante fu deciso dalla leg. 6. § 1. Dig. *De adquirenda possessione*, che in questo caso il possesso di Pietro è un possesso *violento*. Tale decisione è fondata sul motivo, che Paolo ch'era uscito » dal suo podere, ne conservava il possesso colla volontà che aveva di » rientrarvi. Dunque egli non fu *spogliato* del suo possesso che *quando* » Pietro IMPEDÌ a lui di rientrarvi. E siccome Pietro in ciò fare impiegò » la violenza, bisogna conchiudere che il possesso da lui ritenuto del » podere di Paolo forma un possesso violento. »

---

(1) *Commençons par les lois romaines, où nos pères* ONT PUISÉ TOUT LE SYSTÈME DES ACTIONS POSSESSOIRES. Merlin.

§ 1523. Esaminando il tenore di tutto questo testo, che cosa rileviamo noi? Che il vizio di violenza non fu indotto, secondo la legislazione romana e francese, dal *primo* atto dell'occupazione praticato da Pietro, ma bensì dalla di lui *opposizione* fatta contro Paolo, allorchè prima dell'anno e un giorno egli volle rientrare nel podere da lui lasciato vacante. Dunque è per sè manifesto che l'atto di pigliare un possesso con un semplice *colpo di mano* non costituisce nella legislazione francese, come nella romana, violenza alcuna legale, a meno che non venga accompagnato da una *personale opposizione* al rispettivo anteriore possessore della cosa medesima.

§ 1524. Più ancora: nella soluzione di questo caso noi troviamo che il vizio di violenza (*quod vi factum*) si verifica propriamente allorchè prima che scada l'anno e il giorno il possessore novello si *oppone* all'antico, e si oppone *personalmente* coll'impedire o il reingresso nel fondo occupato, o il riacquisto della libertà, allorchè si trattasse di una servitù incominciata per un siffatto *colpo di mano*. Diffatti dalla soluzione suddetta si pone per condizione, che il reingresso di Paolo, antico possessore, venga tentato ENTRO l'anno e il giorno. Dunque se tale reingresso non venga tentato ed impedito dentro questo spazio di tempo, ne nasce la conseguenza, che il possesso suddetto non è viziato in modo da non poter essere provvisoriamente manutenibile. Dunque, passato il detto tempo, il padrone legittimo deve tentare l'azione *petitoria* per essere ristabilito nel suo diritto.

§ 1525. Da ciò viene, che un possesso palese preso per via di un *colpo di mano* non contrastato e tollerato per un anno, non ha vizio ripugnante alla manutenzione *provvisoria* del Pretore. All'opposto ogni *via di fatto* del padrone o possessore anteriore, trascorso l'anno di tolleranza, viene qualificata come *turbazione illecita* al nuovo possessore, contro la quale dev'essere tutelato e reintegrato, senza per altro spogliare il legittimo padrone della sua *azione*, sia per liberarsi dalla servitù imposta, sia per rivendicare il pieno possesso della cosa sua. Quest'azione però, trascorso l'anno, non si può esercitare che in apposito giudizio *in petitorio;* restando intanto il nuovo possessore investito del godimento della cosa usata fino a causa finita in petitorio.

§ 1526. Nella legislazione austriaca accade bensì che il nuovo possessore, che praticò un *colpo di mano*, non può essere espulso per privata autorità, quantunque, secondo il Codice, sia vizioso nel senso già spiegato (tranne il caso di danno irreparabile); ma nello stesso tempo questo nuovo possessore convenuto in giudizio non viene *mantenuto*

provvisoriamente, se non fa constare sia della *prestazione*, sia della *permissione acconsentita*, della quale parla il § 313. Tutto questo si verifica dentro il periodo della prescrizione perentoria e dell'usucapione. Da ciò viene, che in QUALUNQUE TEMPO, prima dello spirare della prescrizione suddetta, nella legislazione austriaca possono a favore dei padroni essere esercitate le azioni possessorie, quando non concorrano le condizioni della detta consensuale prestazione o concessione, senzachè la semplice *tolleranza* giovi al novello possessore.

§ 1527. Per finire questo raffronto conviene contemplare il possesso preso per un *colpo di mano*, e prima che finisca l'anno della mera tolleranza, sotto la romana legislazione, e questo stesso possesso sotto l'austriaca. Nella romana trattandosi della libertà della *proprietà* invasa od usurpata dentro l'anno, il padrone può di *propria autorità ordinaria* ricuperare l'uso libero della cosa sua. All'opposto nell'austriaca no 'l può per regola *ordinaria*, ma deve valersi della via dei tribunali. Il danno irreparabile, aspettando l'ajuto del giudice, non è che caso di *eccezione*.

§ 1528. Nella regola pertanto, *quae de facto fiunt, de facto tolluntur*, avvi una vera opposizione fra il Diritto austriaco e il romano, e così pure col francese. Questa specie di *privata* difesa (ristretta per altro alla presunzione legale della esclusiva padronanza, come fu sopra osservato) viene inibita nell'austriaca legislazione per lasciar luogo soltanto all'*azione giudiziale*, quand'anche la rivendicazione privata non portasse verun altro inconveniente, e benchè si potesse risparmiare un litigio giudiziale.

§ 1529. Nella legislazione romana l'uso della privata autorità nei possessi provvisorii è vietato soltanto allorchè si verifichi l'annale possesso non clandestino, non precario, e non personalmente violento, nel senso già spiegato. Dunque, a parlare legalmente, questo annale possesso non vizioso, secondo la romana e la francese legislazione, non si *considera* esistere allorchè intervenga alcuno dei *difetti*, ossia manchi qualcuno dei suddetti requisiti. Dunque con questo difetto un possesso preso per un *colpo di mano* non sarà, nemmeno DOPO il corso di un anno, guarentito da veruna legge civile, nemmeno in via provvisoria. Dunque per ciò stesso in questo caso potrà a favore del proprietario esclusivo, o di qualsiasi altra persona avente la presunzione di esclusivo possesso, militare il diritto di *privata difesa*, ed aver luogo anche dopo l'anno la regola: *quae de facto fiunt, de facto tolluntur.*

§ 1530. Si badi bene, che qui debbono verificarsi due circostanze, affinchè *anche dopo l'anno* possa aver luogo la regola suddetta. La prima

è, che si tratti di un oggetto usurpato, pel quale milita a favore del difensore la presunzione assoluta legale di *esclusiva* possidenza. Ciò fu già dimostrato di sopra, e ne furono stabiliti i limiti. La seconda circostanza è, che l'usurpazione, contro cui si cerca difendersi, sia affetta o da *violenza*, o da *clandestinità*, o da *precarietà*. Allorchè l'usurpazione racchiuda o in tutto o in parte questi vizii, secondo il Diritto romano lascia luogo al difensore dei proprii diritti d'esercitare la privata difesa, senza aver bisogno di ricorrere ai tribunali, e senza incorrere la taccia di commettere una biasimevole *via di fatto*.

Tutto al contrario avviene nella legislazione austriaca. In essa nè prima, nè dopo l'anno, malgrado che l'usurpazione sia *viziosa*, nel senso stesso del Codice, non è permesso usare il diritto della privata difesa nemmeno al proprietario certo ed incommutabile; e però la difesa della libertà esclusiva delle cose proprie contro le usurpazioni altrui non può essere esercitata che col ministero dei tribunali di giustizia. Dunque ciò ch'era *facoltativo* secondo la legislazione romana e francese, diviene assolutamente *obbligatorio* nell'austriaca. Questa obbligazione di valersi dei tribunali di giustizia si estende a tutti i casi, a tutte le persone, a tutti i diritti; dimodochè non v'ha altra eccezione, che quella di un danno che sarebbe *irreparabile*, allorchè si dovesse aspettare l'intervento dell'autorità giudiziaria.

§ 1531. Da questo raffronto specificato ognuno può di leggieri comprendere quale differenza passi fra le qualificazioni delle *vie di fatto* della legislazione romana e francese da una parte, e dell'austriaca dall'altra. In particolare poi, non perdendo di vista le qualificazioni suddette, noi troviamo che qualunque *privata* difesa contro la libertà dei nostri indubitati ed esclusivi possessi nell'austriaca legislazione viene qualificata come *via di fatto* riprovevole. Quindi furono eretti in delitti fattizii tutti gli atti che, secondo il semplice Diritto naturale, sarebbero considerati come mezzi di legittima difesa, ec.

§ 1532. Egualmente, non perdendo di vista questo stesso punto, troviamo nella romana e francese legislazione non erigersi in delitto *civile*, qualificato come *via di fatto*, se non gli atti che versano o su oggetti i quali non presentano la presunzione d'esclusiva proprietà per sè, o su oggetti i quali per ministero della legge, e posti i caratteri di un presunto assenso, rivestono pure la presunzione di una tacita deroga a questa esclusiva proprietà. Tal è appunto l'annale possesso principiato e continuato colle maniere sopra spiegate. Del rimanente, allorchè si tratta di cose in cui milita la spedita presunzione di *esclusiva* possidenza,

contro la quale non sia occorso il legale presuntivo possesso annale, ogni atto di privata difesa non viene da codeste due legislazioni qualificato come *via di fatto* biasimevole, ma come autorizzato dalla ragione naturale e positiva del dominio o del legittimo possesso esclusivo delle cose nostre.

Ciò s'intende sempre allorchè non intervenga VIOLENZA CRIMINALE, nel senso spiegato al principio del presente Libro. Questi modi per sè criminosi vengono sempre proibiti sotto sanzione penale, ed esemplarmente repressi. Con questa regola generale ognuno può comprendere quando si verifichino sotto l'impero delle tre suddette legislazioni le *vie di fatto* riprovevoli, e quindi come si debba agire sì dalla parte degli usurpatori che dalla parte dei padroni nell'esercizio della ragione tutelare, della quale qui trattiamo.

CAPO XXXVI.

Come nella legislazione austriaca possa aver luogo un possessorio ed un petitorio, quantunque si debba far valere lo stesso titolo consensuale.

§ 1533. Fin qui nell'esaminare la legislazione austriaca abbiamo contemplato i caratteri del possesso *vizioso*, contro del quale un possessore si può difendere implorando la *reintegrazione* o la *manutenzione* accordata dal Codice civile. Che cosa dobbiamo dire nel caso che il nuovo possessore o utente, contro del quale un padrone volesse agire, fosse munito della *prestazione* o del *consenso* richiesti dal § 313 del detto Codice? Forsechè questo padrone sarebbe spogliato DEFINITIVAMENTE del *diritto* di ricuperare la libertà della cosa propria usata da altri? Forsechè l'AZIONE POSSESSORIA del suo avversario, munita dei requisiti voluti dal detto § 313, diviene così *perentoria* da impedire un'ulteriore discussione circa i diritti a lui competenti?

§ 1534. A primo tratto ognuno che sente parlare, sia di una cosa prestata ad un altro che la pretende d'obbligo, e che ci spiegò questa pretesa; sia d'una cosa, l'uso della quale ci fu domandato, e che fu da noi conceduto; ricorre colla mente ad un titolo per sè DEFINITIVO di alienazione consensuale, o dirò meglio contrattuale. Pare dunque che, verificandosi i requisiti voluti dal § 313 del Codice austriaco, ad un padrone o possessore non rimanga più a reclamar nulla contro la sua prestazione o concessione.

§ 1535. Ma questa prima apparenza viene, quanto al MERITO, dissipata pensando a tutte quelle *eccezioni*, le quali si possono opporre ad

un atto fatto spontaneamente da noi. L'*errore*, la *falsa causa*, i *diritti mutati*, e cento altre simili eccezioni, come possono dimostrare insussistenti le nostre anteriori concessioni, così possono dimostrare *rivocabile* l'uso accordato di un nostro possesso. Un caso speciale poi, che domina tutta quanta la contrattazione, è la prestazione e il permesso di chi non era il vero e incommutabile padrone della cosa, della quale ci fu accordato l'uso. Su questo particolare mi conviene richiamare la grande *distinzione* fra i diritti *definitivi* e i diritti *irrevocabili*, già premessa allorchè trattai della usucapione. E qui appunto si può osservare il caso di una prestazione pretesa d'obbligo, o d'una concessione fatta da un padrone apparente, o riputato tale. Egli è certo che colui il quale acquistò l'uso da siffatto padrone nei modi voluti dal § 313, non potrebbe essere riputato utente *vizioso*. Eppure dimostrandosi, prima che sia trascorso il tempo dell'usucapione, il *titolo* insussistente del concedente, e la vera padronanza del terzo, la prestazione o concessione fatta all'utente dev'essere rivocata. Ciò è notorio pel gran principio, che *resoluto jure auctoris, resolvitur jus successoris*.

In questo caso però l'utente di buona fede dovrebb'essere mantenuto, fino a causa decisa in petitorio, nell'uso della cosa prestata o conceduta, a'termini però sempre della prestazione o concessione ottenuta.

§ 1536. Dalle quali cose ognuno vede di leggieri, che colle cause e coi modi indicati dal detto § 313 non si stabilisce un titolo *definitivo contrattuale* di proprietà, se non nel caso che il titolo non possa venire impugnato per quelle cause e per quelle eccezioni colle quali si possono impugnare gli atti consensuali, o per quelle con cui si possono sovvertire le concessioni dei padroni *putativi*, i quali non riescono definitivamente ed irrevocabilmente tali. In massima però, quando non si possano esercitare eccezioni o di errore, o di falsa causa, o di autore non vero, o di successione ad un titolo prevalente, o altri simili motivi, dobbiamo conchiudere che l'oppositore del possesso dovrà in fine soccombere, e però il possessore non potrà essere più spogliato dell'uso da lui goduto.

§ 1537. Tutto questo non altera però la natura dei giudizii *possessorii*. Per intendere questa proposizione conviene distinguere due cose, le quali vengono distintamente amministrate. Altro è dire che un possessore munito di titolo comprovato, e che viene mantenuto e reintegrato in giudizio possessorio, non venga dappoi più spossessato; ed altro è dire che col *solo* giudizio *possessorio* egli acquisti questa *inamovibilità*. In tutte le legislazioni nasce l'*effetto* di conservare il possessore con titolo. Ma in che MANIERA nasce quest'effetto? Ecco il punto di questione. Nasce forse

coll' *esercizio* solo dell' azione POSSESSORIA, e in forza del giudicato rispettivo; o non piuttosto in forza del *conforme* giudizio petitorio, o della desistenza dell' avversario? Più ancora: nel giudizio possessorio il *titolo* consensuale come viene *valutato*? Vien egli considerato pel merito, o non piuttosto per *appoggiare* soltanto il possesso? Or ora lo vedremo.

CAPO XXXVII.

In qual senso nell' austriaca legislazione abbia luogo l'unione dei tempi del possesso di un antecessore con quello di un successore.

§ 1538. Nella legislazione austriaca occorre forse di unire i *tempi* del possesso del suo autore con quelli del suo successore? — A questa domanda conviene rispondere con distinzione. O noi trattiamo del corso dell' ordinaria *prescrizione* ed *usucapione*, o trattiamo del possesso manutenibile, a norma del detto § 313. Se trattiamo del primo, è per sè manifesto che l' unione dei tempi si deve far valere indubitatamente come nelle altre legislazioni. Ciò è tanto vero, che nell'austriaca legislazione fu persino stabilito che le prescrizioni incominciate sotto un' anteriore legislazione si continuano anche sotto la posteriore. Ma se trattiamo del possesso provvisoriamente manutenibile, secondo il detto § 313, che cosa dobbiamo dire?

§ 1539. Esaminando i rapporti giuridici delle cose, in ultima analisi troviamo che non si uniscono i tempi precisamente per dare al possesso una tale durata, per la quale si possa ottenere la manutenzione provvisoria; ma solamente si contempla o si deve contemplare il caso, che l'autore abbia trasmesso il diritto da lui acquistato al suo successore. Mi spiego. Pietro ottenne, sia per modo di concessione obbligatoria, sia per modo di concessione libera, una presa d' acqua, o il passaggio pel fondo altrui di un acquedotto a beneficio del prato tale di sua ragione. Pochi giorni dopo vende a Paolo il prato, a favore del quale egli aveva ottenuto l'uso dell' acqua, od il passaggio suddetto. Secondo il Diritto romano e francese, essendo passati pochi giorni, e Paolo volendo far valere soltanto il nudo fatto del PROPRIO possesso, senza unire quello del suo autore, o veramente unendo anche questo, non potrebbe ottenere la manutenzione provvisoria, perchè non trascorse l'anno. Ma nella legislazione austriaca la cosa non procede così. Un solo giorno di possesso in testa propria vale quanto quello di più anni, purchè l'uso sia stato intrapreso nei modi stabiliti dal § 313. Figurando adunque un secondo, un terzo successore al primo utente, basterà provare che gli antecessori *non fu-*

rono privati del possesso dell'uso, ossia del diritto, onde stabilire nel rispettivo successore il diritto della presa e della condotta dell'acqua suddetta. Qui siamo appunto nel caso dei successori titolati, ai quali viene trasmesso l'intiero diritto del loro autore. Qui siamo nel caso che il possessore dovendo necessariamente mostrare al giudice l'atto di prestazione e di consenso, non può far valere il nudo fatto della detenzione sì propria che de' suoi autori. In breve, qui il titolo viene prodotto per avvalorare il possesso, e per esimerlo dalla presunzione contraria di *precarietà*, o di *reale colpo di mano*. Dunque qui non si tratta propriamente d'unione di tempi limitati ad una tale durata, ma bensì della TRASMISSIONE DELLA CAUSA del possesso, onde far constare ch'esso ebbe l'origine voluta dal § 313, e che non fu posteriormente perduto dal rispettivo autore dell'utente.

§ 1540. Per la qual cosa se nelle anteriori procedure il titolo si doveva unire (in quei pochi casi ne'quali si trattava d'escludere la presunzione di precarietà) a fine d'ottenere la manutenzione o reintegrazione giudiziale; all'opposto nella legislazione austriaca conviene sempre *produrlo*, onde avvalorare l'azione possessoria, sia di manutenzione, sia di reintegrazione, sia di restituzione di possesso. Anche qui ognuno vede una *differenza* nel *modo* d'esercitare le azioni possessorie fra le legislazioni anteriori e l'austriaca. Ciò è da rimarcarsi dai causidici e dai giudici, onde non applicare malamente le anteriori regole giudiziarie.

§ 1541. E qui occorre la stessa osservazione che fu fatta sulla produzione del titolo nei giudizii possessorii sommarii. Ivi abbiamo già notato che colla produzione di questo titolo basta far constare della concessione o prestazione consensuale in linea di *puro fatto*, senza ammettere ispezioni d'alta indagine, le quali possono appartenere al giudizio petitorio. Tal' è anche la disposizione del Codice civile austriaco, allorchè nei giudizii possessorii di questa specie ingiunge di non doversi tener conto d'un più forte diritto. Da ciò ognuno vede, che quando il fatto della prestazione o della concessione consensuale apparisce provato *per sè stesso*, ciò deve bastare per l'esercizio dell'azione possessoria e per accordare la dovuta manutenzione, reintegrazione, o rispettiva restituzione del possesso.

§ 1542. Non mancheranno certamente, come non mancarono mai, le parti interessate in contrario d'eccepire, sia di *nullità*, sia di *prevalenza* di diritto, contro il fatto della prestazione o concessione; ma il giudice esecutore dei dettami della legge deve guardarsi dal dar retta a siffatte opposizioni, ad oggetto di negare la domandata manutenzione,

reintegrazione o restituzione di possesso. Egli all'opposto deve riservare la discussione, e rimettere le parti alla sede separata del giudizio petitorio; e frattanto accordare la domandata manutenzione o reintegrazione o restituzione, in vista del fatto comprovato della prestazione o concessione consensuale richiesta dal Codice medesimo. In breve, egli deve agire in questo caso come avrebbe agito sotto l'impero delle legislazioni antecedenti, allorchè il titolo era necessario per autorizzare l'azione possessoria, giusta quanto fu già sopra esposto.

§ 1543. Con questo schiarimento vien fatta la risposta categorica alla difficoltà poco fa prodotta (Capo XXXVII.), nella quale si trattava di unire una concessione *consensuale* con un'azione *possessoria*, che può essere sventata in petitorio. O voi parlate del giudizio di *merito*, ossia di *titolo;* o parlate del giudizio di *provvisione*, ossia di *possesso*. Nel primo caso, se il consenso sia definitivo ed irrevocabile, il possessore consensuale non può temere di perder nulla; nel secondo caso, senza perder nulla del suo diritto, il possessore non può tenersi esente dal subire il secondo giudizio in petitorio, e nel tempo stesso nel giudizio possessorio non può pretendere di far discutere il petitorio.

§ 1544. Riteniamo perpetuamente, che anche nella legislazione austriaca il giudizio possessorio non è giudizio di *merito*, ma di PROVVISIONE, qualunque sia il titolo limpido che può giustificare il possesso, nel quale si domanda di essere mantenuti, reintegrati o restituiti. Dunque la *differenza* fra l'austriaca e le altre due legislazioni non risguarda nè l'*effetto* delle azioni possessorie, nè l'oggetto o la competenza dei relativi giudizii, ma bensì le CAUSALI che si possono far valere per far riconoscere legale e manutenibile il possesso di cui si tratta.

§ 1545. Nell'austriaca legislazione non vale che il *consenso* di fatto positivo concreto o dimostrato, accompagnato dalla prova di averne goduto sempre o per sè, o per mezzo de' suoi autori, senza badare a verun tempo o lungo o breve, dentro però i limiti della prescrizione. Nella romana e nella francese pel contrario per CAUSALE dell'*azione possessoria* basta provare il fatto d'un non vizioso *possesso* annale, sia in testa propria, sia unendo il proprio con quello dell'autore o altri antecessori, senza che corra l'obbligo di provare il *consenso* positivo e di fatto particolare richiesto dal paragrafo 313 del Codice austriaco. Quest'obbligo non corre fuorchè nei casi ne' quali si trattasse di escludere una *precarietà* indotta dalla natura delle cose o dalla legge, ed anche per far decidere la quistione *perplessa* possessoria.

CAPO XXXVIII.

In qual modo la prima causale del possesso si debba far valere nei giudizii possessorii austriaci.

§ 1546. Côlta e ridotta ai minimi termini la differenza fra le azioni possessorie e i relativi giudizii delle tre legislazioni suddette, e avendo trovato ch'essa consiste nella sola *causale*, si domanda quale possa essere il punto principale di differenza rispetto al MODO di farla valere. Mi spiego. Il possesso annale romano e francese non vizioso non è altro che una prescrizione *incominciata*. Tutti i caratteri di essa debbonsi verificare nel possesso annale, sebbene l'effetto finale non sia identico. Noi l'abbiamo provato colla ragione e coll'autorità. Ciò premesso, è noto il principio, che *tantum praescriptum*, *quantum possessum*. Il FATTO stesso legale serve a determinare l'oggetto e l'estensione della cosa o dell'uso che si può pretendere. Ma nella legislazione austriaca questo principio devesi esprimere colla formola *tantum possessum*, *quantum conventum*. Il fatto della prestazione domandata per obbligo, o accordata per libera concessione, determina la specie ossia la *qualità* e *quantità* dell'uso accordato; così che tutto ciò che non risulta formalmente dall'atto consensuale seguíto, non si può risguardare nemmeno legalmente posseduto. Ciò consta dall'analisi testuale del detto § 313. Infatti quello che dicesi del tutto, si deve dire della parte. Una cosa non acconsentita non è cosa conceduta. Ma si deve riputare non acconsentito ciò che non fu dedotto in convenzione, e non fu con rispettiva cognizione reciprocamente convenuto. Dunque tutto ciò che *eccede* i termini di quest'atto, e molto più ciò che vi *contrasta*, rimane senza appoggio, e quindi senza legale guarentigia. Dunque tutto questo di più, o tutto questo contrario nell'uso effettivo fatto da un utente, si deve riputare siccome *non avvenuto*, e perciò non può essere guarentito dall'autorità giudiziaria.

§ 1547. Un esempio chiarirà questa teoria tutta positiva dell'austriaca legislazione. Pietro che tiene un prato contiguo ad un canale irrigatorio di Paolo, abbisognando in una estate di irrigare il proprio prato, si presenta a Paolo, e gli dice: Datemi tre ore d'acqua di due once per irrigare il mio prato. Paolo gli risponde: Servitevi pure. Nell'anno vegnente Pietro pretende, senz'altra nuova concessione di Paolo, d'usare dell'acqua nel modo praticato nella scorsa estate. Paolo, reso consapevole del tentativo di Pietro, porge in giudizio querela di turbato possesso

del suo canale irrigatorio e dell'acqua di sua proprietà. Quindi domanda che venga inibito a Pietro qualunque tentativo, e di essere egli mantenuto nel libero possesso del proprio canale irrigatorio e delle acque proprie. Pietro oppone l'atto di concessione ottenuto nell'antecedente estate, come fu detto; e però in via di riconvenzione domanda di essere mantenuto egli stesso almeno provvisoriamente nel possesso dell'uso dell'acqua suddetta. Per convalidare la propria riconvenzione si vale del secondo membro del citato § 313 in via di legge, e produce le prove di fatto della permissione della scorsa estate. Ma qui Paolo replica: Da quando in qua dal fatto della concessione dello scorso anno puoi tu dedurre la causale del possesso da te preteso? Forsechè consta che la mia concessione sia stata estesa *in perpetuo*, o a *parecchi anni?* Non mai. Da' tuoi stessi testimonii consta che, avendomi tu dimandato due once d'acqua per tre ore, io te l'ho accordata nella scorsa estate; ma non consta nè punto nè poco che io t'abbia conceduto di valertene, sia nell'anno vegnente, sia in perpetuo. Da questo mio *silenzio*, correlativo alla tua espressa domanda, ognuno intende che la mia concessione era ristretta a quella *sola volta*, e non più. Ciò consta anche, se tu vuoi, dal § 915 del Codice civile austriaco. Eccone i termini: « Nei contratti unilaterali si suppone in dubbio che la persona obbligata abbia voluto incaricarsi piuttosto del peso MINORE, che del maggiore. Nei bilaterali le espressioni ambigue s'interpretano contro di quello che ne fece uso » (§ 869). E qui Paolo, in linea sì di fatto che di ragione, si vale dell'argomentazione prodotta nel Capo X. di questo Libro I. Infatti fra più possibili concessioni (almeno pel tempo) se ne doveva concretare qualcheduna. Ma così è che, tranne la concessione della prima volta, niun'altra ne fu convenutà: dunque in via di *puro fatto* non consta esserne stata acconsentita verun'altra. In linea di *ragione* poi valendo il principio, che niuno si presume voler gettare gratuitamente il suo, è forza concludere che la concessione suddetta fu ristretta a quella sola volta, e non estesa in perpetuo, o per altre volte ripetute.

§ 1548. Contro quest'argomentazione Pietro insorge dicendo, che le cose allegate da Paolo potranno bensì servire in un' *altra sede* di giudizio, vale a dire nel *petitorio*, ma che nel giudizio presente non se ne può tenere conto alcuno. Ma contro quest' obbietto di Pietro insorge Paolo dicendo, che la quistione non è di diritto, ma di FATTO. Qui si tratta di stabilire l'*entità propria* dell'uso conceduto. I canoni legislativi allegati non riguardano il diritto, ma il *modo* di verificare e di comprovare il fatto stesso: dunque la quistione non è di *petitorio*, ma ri-

guarda il *fondamento* stesso del *possessorio*. Egli è come se si trattasse di discutere la deposizione dei testimonii prodotti per far fede del puro possesso di fatto, che forma la causale delle azioni possessorie delle altre legislazioni. Ora se dalle prove allegate non constasse dell'annale non vizioso possesso, egli è certo che non sarebbe manutenibile nemmeno provvisoriamente. Dunque a pari questionandosi dei *termini proprii* della concessione in via di pura logica critica, ossia in linea di mero *fatto*, non si tratta nè punto nè poco d'un oggetto eccedente la competenza di un giudizio possessorio, ma d'un oggetto essenzialmente voluto dall'azione stessa intentata.

Senza di ciò dovremmo ammettere che il giudice debba pronunciare senza che consti del fatto fondamentale, ossia della *causale* della sua sentenza, comunque provvisoria. A questo assurdo conduce l'opposizione di Pietro col voler essere mantenuto nel suo asserito possesso fino a tanto che la lite venga discussa in *petitorio*. In ultima analisi la pretesa di Pietro si riduce alla formola di volere una sentenza provvisoria senza la causale di fatto, e quindi di voler godere d'un diritto temporaneo senza che consti del suo *motivo* fondamentale. Così egli pretende che senza motivo fondamentale di fatto io rimanga intanto spogliato della mia acqua, comunque egli possa risarcirmene dopo. Dall'altra parte poi pretende che la legge commetta uno spoglio puramente gratuito, invece di tutelare le ragioni dei legittimi e riconosciuti padroni delle cose proprie.

§ 1549. In questa disputa fra Pietro e Paolo qual'è la massima che si deve afferrare per cogliere un'ultima differenza fra la legislazione austriaca e le altre due? Questa massima è, che quando si disputa in *fatto* dell'oggetto contemplato nella prestazione o concessione, non si deve nè punto nè poco rimettere la discussione al *petitorio*, ma si deve al contrario per primo e preliminare fondamento conoscere la verità della *causale* dell'intentata azione possessoria, malgrado che convenga impiegare i canoni d'*interpretazione* dell'atto contemplato e richiesto dalla legge per istabilire il possesso medesimo. Quest'avvertenza è sommamente importante nella pratica contenziosa giurisprudenza, onde non aggravare, nè togliere alle parti i beneficii loro accordati dalle leggi tutelanti la sicurezza dei privati innocenti possessi.

CAPO XXXIX.

Che tanto l'espresso quanto il tacito consenso devono essere nell'austriaca legislazione legalmente provati colla stessa certezza e cogli stessi mezzi sì nel possessorio che nel petitorio.

§ 1550. Fin qui abbiamo parlato del consenso *in genere*. Ognuno sa che per la sua *intima natura* non v'ha che una sola specie di consenso. Al contrario per la sua *espressione* ossia manifestazione si distingue il *tacito* dall'*espresso*. Qui si domanda se l'uso di una cosa conceduto nel modo indicato nel § 313 si possa intendere accordato tanto coll'*espresso*, quanto col *tacito* consenso. — La risposta affermativa a tale domanda non può soffrir dubbio. Tutta la quistione si concentra nel MEZZO col quale si deve far constare di questo tacito consenso. *Diciam* meglio: tutta l'indagine si riduce a sapere quali siano i *segnali comprovanti* e che fanno fede dell'esistenza d'esso tacito consenso.

§ 1551. E siccome qui abbiamo sott'occhio l'austriaca legislazione, così conviene rispondere a tenore delle indicazioni da lei somministrate, ricorrendo ai principii della ragione naturale soltanto nel silenzio della medesima. Ora a tenore del Codice civile austriaco quali sono i caratteri o almeno quale *forza comprovante* debbono avere i mezzi di prova testificanti il tacito consenso? — La risposta è fatta dal § 863 del suddetto Codice, concepito nei seguenti termini: « La volontà si può di» chiarare non solo espressamente con parole e con segni universal» mente ricevuti, ma anche tacitamente con atti *tali* che, ponderate » tutte le circostanze, non lascino luogo ad alcun fondato *motivo di* » *dubbio*. » Da queste ultime parole risulta manifestamente, che il tacito consenso deve risultare con PIENA CERTEZZA. Diffatti questa certezza non è che un *sì* o un *no* escludente il dubbio del contrario. Quando entra il *dubbio* in qualunque più piccolo grado, entra la maggiore o minore PROBABILITÀ, la quale va decrescendo fino all'incertezza assoluta, che si può dire rappresentare lo zero della credibilità. La scala della probabilità pel *sì* o pel *no* comincia da questo zero, e va indefinitamente accostandosi o all'affermazione o alla negazione indubitata, senza raggiungerla però mai. Fra il *probabile* ed il *certo* vi è un salto infinito. Ciò consta dall'essenza stessa delle cose, perocchè nella *probabilità* entra sempre o più o meno il *dubbio* del contrario; all'opposto nella *certezza* l'esistenza di questo dubbio viene chiaramente ed assolutamente esclusa.

§ 1552. Ma qui il detto § 863, propriamente parlando, non ha fatto che segnare un canone generale, e nulla più. Nei casi particolari, e secondo la *natura* dei fatti e le *presunzioni* critiche della legge, tocca al giudice determinare se esistano argomenti di credibilità certi del tacito assenso voluto dalla ragione e dalla legge positiva. Uno di questi canoni di credibilità *presuntiva*, fissati dalla legge, è appunto quello che fu sopra riportato, e contenuto nel § 915 del detto Codice austriaco. A questo si può soggiungere il § 869, concepito nei termini seguenti: « Qual» unque contratto richiede il consenso libero, serio, determinato e chia» ro. Se la dichiarazione non possa intendersi, o sia affatto indetermi» nata, oppure se si accetti sotto modificazioni diverse da quelle con » cui era fatta la promessa, non esiste verun contratto. Chi per ingan» nare l'altra parte fa uso di espressioni oscure, o simula qualche cosa, » è tenuto al soddisfacimento. »

§ 1553. Radunando tutte queste disposizioni, ognuno vede quanto strana sarebbe la massima di alcuni vecchi giureconsulti della passata età, colla quale osarono affermare che in punto di possesso *provvisorio* manutenibile dai tribunali civili potevano bastare *prove imperfette* o *leggeri indizii*, quasi che trattandosi di cosa di fatto, sulla quale si doveva pronunciare del *mio* e del *tuo* in contraddittorio delle parti, si potesse in dubbio ledere i diritti di qualchedano, o privarli della tutela per diritto sociale competente ad un possessore innocente. Sia pur vero che il giudizio non sia *definitivo*, ma semplicemente *provvisorio*. Sarà sempre vero che la decisione del giudice deve avere per fondamento una *verità* di fatto *comprovata*, sulla quale egli deve aggiudicare o togliere un dato diritto attribuito dalla legge anche temporariamente.

§ 1554. Un'altra conseguenza è, che i caratteri di *libero*, *serio*, *determinato e chiaro consenso*, indicati dal § 869, sono e debbono intendersi COMUNI tanto all'espresso, quanto al tacito. La differenza sta solo nel *mezzo della prova*, poichè nell'espresso questo mezzo consiste nelle *parole*, sia pronunciate a voce, sia redatte in iscritto; nel *tacito* per lo contrario consiste in tutto quel complesso di *atti* o *segnali*, i quali, secondo i canoni della logica-critica, ossia dell'arte di verificare i fatti, indicano in una maniera indubitata la volontà concreta e positiva di un tal uomo operante con intelligenza e libertà.

§ 1555. A dir vero, tutta questa discussione appartiene più a quella parte della ragione tutelare, cui disegnammo col nome di *sanzione delle prove*, e della quale ci dobbiamo occupare nel seguente Libro. Ma dovendo nei trattare del *fondamento* di fatto delle azioni possessorie,

non ci potevamo dispensare d'entrare in questa discussione almeno in via generale e di pura teoria. Quindi attenendoci ai limiti del fondamento di queste azioni nella legislazione austriaca, facciamo osservare che tutte le quistioni risguardanti le *prove* di questo fondamento di *fatto* possono aver luogo nei giudizii possessorii, come hanno luogo nei petitorii assoluti, nei quali si tratta a dirittura o di un'acquisizione, o di una rivendicazione, o di qualunque altra azione derivante dalla ispezione del fatto e del diritto. *Ex facto jus oritur*, dicono i prammatici. Qui il fatto di un uso risultante da concessione consensuale formando il fondamento delle azioni possessorie austriache, esige gli stessi mezzi di prova che sono richiesti in qualunque specie di giudizio. La natura medesima delle cose impóne questa necessità, postochè l'autorità di qualunque legislatore umano, in materia di prove di fatto, fu, è, e sarà sempre *pedissequa* della verità estrinseca delle cose, come fu già altrove dimostrato.

§ 1556. Questo si è detto a disinganno di quei forensi, i quali distinguendo il petitorio dal possessorio, credono che in materia di *prove* si possa agire in maniera diversa, attesa la diversità di siffatti giudizii. Essi non distinguono la QUALITÀ degli *oggetti* dal MEZZO delle *prove*. Per una necessità logica questi mezzi devono essere *i medesimi*, perchè si nell'uno che nell'altro giudizio i *fatti* ossia la *verità* deve constare al giudice come *causale* unica della sua decisione, sia definitiva, sia provvisoria. Prego il lettore a tener bene a mente quest'avvertenza.

SEZIONE V.

Idea degl' interdetti possessorii antichi, esposta colle parole delle Instituzioni di Cajo. Notizie delle variazioni successive.

CAPO XL.

Storia della recente scoperta delle Instituzioni di Cajo giureconsulto romano sotto l' Impero di Marco Aurelio.

§ 1557. Nella biblioteca del Capitolo della Cattedrale di Verona fu fatta recentemente una scoperta molto importante pei cultori della genuina romana giurisprudenza. Essa consiste nell'aver trovato intero il testo delle Instituzioni di Cajo, tranne tre soli fogli.

La storia di questa scoperta viene raccontata dall'editore nella seguente maniera. « Il celebre Scipione Maffei aveva ripetutamente an-

» nunziato esistere fra i manoscritti conservati nella detta biblioteca un » antico manoscritto di un giureconsulto romano, o di parte delle Pan- » dette (1). Avvenne che il signor Niebhur fu nel 1816 spedito da Sua » Maestà il Re di Prussia in qualità di suo ambasciatore residente in » Roma. Egli passando per Verona amò di visitare la suddetta bibliote- » ca, volgarmente ivi denominata *dei Canonici*. Essendogli caduto sot- » t'occhi il manoscritto segnato n.° XIII, s'accorse contenere di sotto » l'Opera di un antico giureconsulto, soprascritta di altro carattere, » esprimente le Opere di san Girolamo. Fatto lo sperimento che suole » adoperarsi sui palinsesti, e infusa la galla, si fecero sortire i caratteri » del foglio 97. Da ciò apparve un frammento risguardante il titolo del- » le prescrizioni del giureconsulto Cajo o Gajo, più esatto di quello che » era stato tanti anni prima pubblicato dal sullodato Scipione Maffei. » Lo stesso tentativo fu fatto su altro foglio, che riguardava i diritti del » Fisco, attribuito ad altro giureconsulto incognito. Sì l'uno che l'al- » tro frammento furono pubblicati con commenti per opera del signor » Savini. »

Divulgatasi in Germania la fama di queste scoperte, le quali davano lusinga di ulteriori e più importanti, l'Accademia delle scienze di Berlino deliberò di mandare due de' suoi membri a Verona per dar mano e condurre a fine le scoperte felicemente incominciate dal sig. Niebhur. Questa Deputazione partì nel Maggio del 1817 da Berlino, e recossi a Verona. Essa fu composta dal sig. Bekker filologo primario dell'Accademia di Berlino, e dal signor Gio. Federico Lodovico Goeschen giureconsulto pure di Berlino, autore della prefazione segnata nel mese di Novembre 1820. In loro compagnia viene rammentato un sig. Holweg. Per opera di questi deputati, raccomandati anche dalle Autorità locali, il manoscritto di Gajo fu finalmente richiamato a vita, e pubblicato a Berlino sulla fine dell'anno 1820, in un volume in 8.° di pagine 370, tutto compreso col seguente frontispizio: *Gaii Institutionum Commentarii IV e codice rescripto Bibliothecae Capitularis Veronensis auspiciis Regiae Scientiarum Academiae Borussicae nunc primum editi. — Accedit fragmentum veteris jurisconsulti de jure Fisci ex aliis ejusdem Bibliothecae membranis transcriptum cum tabulis aereis. Berolini apud G. Reimer*, 1820.

(1) *Verona illustrata*. Parte III. Cap. VII. pag. 464, anno 1732. *Opuscoli ecclesiastici*. Trento 1742.

CAPO XLI.

Notizie storiche sul giureconsulto Cajo, e sulle sue Instituzioni. *Del loro compendio fatto da Aniano.*

§ 1558. Per dare alla comune dei lettori un' idea dell' importanza di tale scoperta, conviene sapere chi era questo giureconsulto Gajo o Cajo, e quanta celebrità e quanta stima godessero le di lui Instituzioni, al di sopra delle stesse conosciute Instituzioni di Giustiniano. Prima di tutto convien ritenere che la differenza del nome di Gajo o Cajo non è reale, poichè, come notò già Quintiliano, presso i Romani il nome scritto Gajo si pronunciava Cajo; più ancora altri nomi si scrivevano in un modo, e si pronunciavano in un altro. In particolare poi Quintiliano stesso, ricordando questo nome, dice: *nam et Gaius littera C notatur* (1).

Quanto alla persona, non si deve confondere con un altro Gajo assai più antico, di cui parla la legge 2. § 44. del Digesto *De origine juris.* Il Cajo, di cui parliamo qui, vivea sotto l' Impero di Marco Aurelio. Egli si acquistò una grande riputazione per la sua erudizione, e per la bellezza dello stile che regna in tutti i suoi scritti. Lungo tempo prima dell' imperatore Giustiniano si davano a leggere le Instituzioni e le Opere di Cajo a tutti coloro che bramavano iniziarsi nella scienza del Diritto. La riputazione della quale godevano le Instituzioni di Cajo fu forse il motivo che indusse l' imperatore Giustiniano a produrre le sue, registrate nel corpo del Diritto. In queste si fece molto uso di quelle di Cajo. Egli è però agevole distinguere nelle Instituzioni di Giustiniano gli squarci che furono presi da Cajo da quelli che furono aggiunti da Triboniano. Imperocchè nei pezzi tolti da Cajo si ravvisa uno stile elegante, armonioso e fluido, mentre in quelli aggiunti da Triboniano si sente alquanto la barbarie del secolo di Giustiniano.

Non si sa precisamente se questo Imperatore, dopo avere pubblicate le sue Instituzioni, abbia soppresse quelle di Cajo, come taluno pretende ch' egli sopprimesse gli scritti degli altri giureconsulti, di cui erasi servito per comporre il suo Digesto. Comunque sia la cosa, è certo che prima di Giustiniano essendosi fatto grande uso delle Instituzioni di Cajo, moltissime copie ne erano state tratte e sparse universalmente. Da ciò avvenne che un certo Aniano, uno dei principali dignitarii di Alarico re dei Visigoti in Ispagna, fece un ristretto di queste Instituzioni

(1) Quintilianus, *Institutionum Orat.* Lib. I. Cap. VII.

parecchi anni prima che Giustiniano avesse composte le sue. Questo compendio fatto da Aniano giunse fino a noi.

Non si sa frattanto (dice il sig. Terasson nella sua *Storia della giurisprudenza romana*) se l'Opera di Aniano si debba riguardare come un semplice compendio; poichè, oltre al riscontrarvi un bel latino che non somiglia nè punto nè poco a quello che si parlava ai tempi di Alarico, vi si scorge un gran numero di passi, i quali sono precisamente gli stessi di quelli che Giustiniano trasse da Cajo. Per questo riflesso il suddetto sig. Terasson si dichiarò disposto a credere che l'Opera di Aniano contenesse le vere Instituzioni di Cajo, raffazzonate solamente in certi tratti ai costumi ed alle consuetudini dei popoli, per l'uso dei quali il re Alarico le avea confermate. Ciò che non si può negare è, che dalle Instituzioni compilate da Aniano si può dedurre essere stati troncati molti Titoli e molti passi.

Per questa ragione le Instituzioni di Cajo, ch'erano dal loro autore state composte in quattro Libri, non furono date da Aniano che in due Libri soli, a motivo dei passi o tratti ch' egli giudicò a proposito di troncare.

CAPO XLII.

Reintegrazione delle Instituzioni di Cajo, eseguita dall'Oiselio. Di altri scritti di Cajo remissivamente.

§ 1559. Durante lungo tempo non si conobbero altre Instituzioni di Cajo, che quelle di Aniano. Sichard, Bucardo, Cujaccio, Paccio, Dionigi, Gottofredo, e parecchi altri, hanno date altresì molte edizioni delle Instituzioni di Cajo in due Libri. Per altro un giureconsulto moderno, chiamato Giacomo Oiselio, si è preso la briga di raccogliere, sia nel Digesto di Giustiniano, sia altrove, tutti i frammenti appartenenti alle Instituzioni di Cajo. Egli ha tessuto tali frammenti secondo l'ordine dei Libri di queste stesse Instituzioni, dalle quali veniva rammentato essere stati ricavati. In tal guisa, alla meglio che si potè, egli ristabilì le Instituzioni di Cajo distribuite in quattro Libri, vale a dire secondo la partizione colla quale erano state originariamente distribuite. Si disse che ciò fu fatto alla meglio possibile, poichè a questo tentativo di Oiselio mancano ancora parecchi Titoli intieri, dei quali egli non potè rinvenire traccia alcuna. Esaminando questa reintegrazione di Oiselio, le Instituzioni di Cajo contengono quattro Libri. Il primo contiene dieci Titoli; il secondo ne contiene nove; il terzo non ne racchiude che tre; il quarto è composto di uno solo.

Noi qui ommettiamo tutta la lunga enumerazione delle altre Opere scritte da quel celebre giureconsulto. Chi amasse informarsene può consultare la lodata Storia del signor Terasson, dalla quale abbiamo desunte le notizie sovra riportate. Da queste ognuno comprende di leggieri che altissima fu la stima in cui vennero sempre tenute queste Instituzioni, e che costanti furono sempre gli sforzi dei dotti più insigni delle diverse nazioni d'Europa per riacquistarle intiere. Basti solo osservare quanto ne giudicò lo stesso sig. Terasson, il quale dice: « Les Instituts de Caïus sont un très-belle ouvrage, dans les quels on peut » même apprendre beaucoup des choses nécessaires pour bien entendre » ceux de Justinien. » Grande ventura pertanto, ed importante servigio reso alla genuina romana giurisprudenza, fu quello della Regia Accademia di Berlino colla publicazione del libro sopra rammentato.

CAPO XLIII.

Con quali vedute venga qui presentato il testo di Cajo riguardante gl' interdetti possessorii. Quale ne sia la parte e quale il valore.

§ 1560. Al proposito dell'argomento trattato in quest'Opera delle acque, noi crediamo utile cosa riportare quanto in questa nuova edizione trovasi risguardante gl' INTERDETTI POSSESSORII, perchè non potrei offerire nulla di più compendioso. Tutto questo Titolo manca interamente nei due Libri intitolati *Delle Instituzioni di Cajo*, stampati alla fine dell'edizione del *Corpus juris* di Dionigi Gottofredo. Utilissima sarà la nuova edizione di Berlino anche per *rettificare* il testo riprodotto dallo stesso Gottofredo, nel quale probabilmente Aniano ha adattato allo stato del suo tempo il testo genuino di Cajo. Un indizio ne abbiamo poche righe dopo il principio del Titolo primo. Diffatti nel § 2 dicesi: « Cives romani sunt qui his modis tribus; idest testamento, aut » in ecclesia, aut ante Consulem fuerunt manumissi. » A questa frase *aut in ecclesia* il buon Gottofredo fa giustamente la seguente nota: *Cajo ethnico unde quaeso ecclesiae nomen?* Io poi soggiungo, che a' tempi dell'imperatore Marco Aurelio era assurdo ed impossibile che congregazioni cristiane avessero il diritto di dichiarare o stabilire verun atto autentico risguardante lo stato civile, nè verun atto pubblico; poichè queste congregazioni non erano altro che unioni di settarii privati, non ancora riconosciuti dalla pubblica autorità. Ciò è di una tale notorietà, che non ammette opposizione. Solamente dopo Costantino fu ri-

conosciuto e legalmente autorizzato il Cristianesimo, e molto più tardi fu data alle congregazioni cristiane qualche autorità civile.

§ 1561. Nella stessa guisa che abbiamo presentato il sistema complessivo delle azioni possessorie francesi ed austriache, conviene pure presentare quello delle romane. Per togliere ogni arbitrio ed ogni lacuna, nulla di meglio ci poteva cadere fra le mani, che lo scritto di Cajo. Noi riporteremo ciò che riguarda le definizioni e le divisioni, ommettendo ciò che riguarda le procedure risguardanti le azioni possessorie segnate da Cajo, ed usate a' tempi dell' imperatore Marco Aurelio. Nella legislazione di Giustiniano si veggono espressamente abrogate, e sostituito ad esse un modo più spedito, e libero dalle formole e dai rigori anteriormente usati. La prova di ciò noi la leggiamo appunto nelle stesse Instituzioni di Giustiniano al Titolo *Degl' interdetti*, nel § 8. ed ultimo. « De *ordine* et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie di» cere. Nam quoties extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia » judicia) non est necesse reddi interdictum; sed perinde judicatur sine » interdictis ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset. » Questo modo di trattare a dirittura l'azione possessoria avanti il giudice ordinario essendo invalso dappoi, ne seguì che le procedure segnate da Cajo riescono fuori d' uso. Ecco perchè da noi furono ommesse, per non ritenere che quella parte che *coincide* col Diritto giustinianeo. Ciò che abbiamo detto nella Sezione seconda risguarda piuttosto le *occasioni* di esercitare le azioni possessorie romane, che l' *indole* e l'*effetto* loro positivo.

CAPO XLIV.

Testo di Cajo, e rispettivo confronto col titolo De interdictis *delle Instituzioni di Giustiniano.*

§ 1562. « Superest ut de interdictis dispiciamus . . . . » (§ 138).

I. « Certis igitur ex causis Praetor aut Proconsul principaliter au» ctoritatem suam finiendis controversiis proponit. Quod tum maxime » facit, cum de possessione aut *quasi possessione* inter aliquos conten» ditur. Et in summa aut jubet aliquid fieri, aut fieri prohibet. Formu» lae autem verborum, et conceptiones quibus in ea re utitur, interdi» cta decretave vocantur » (§ 139).

« II. Vocantur autem DECRETA cum fieri aliquid jubet; velut cum » praecipit ut aliquid exhibeatur, aut restituatur: INTERDICTA vero (1)

(1) Giustiniano sostituisce il nome di *prohibitoria*, perchè tolse il nome di *Decreti* alle ordinanze prescriventi di fare qualche cosa.

» cum prohibet fieri: velut cum praecipit ne sine vitio possidenti vis » fiat, neve in loco sacro aliquid fiat. Unde omnia interdicta aut restitu- » toria, aut exhibitoria, aut prohibitoria vocantur » (§ 140).

« III. Nec tamen cum quid jusserit fieri, aut fieri prohibuerit, sta- » tim peractum est negotium; sed ad judicem recuperatoresve itur, et » ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus Praetoris edictum » factum sit, vel an factum non sit quod is fieri jusserit. Et modo cum » poena agitur, modo sine poena. Cum poena, velut cum per sponsio- » nem agitur; sine poena, velut cum arbiter petitur. Et quidem ex pro- » hibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis » vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur » quae arbitraria vocatur » (§ 141) (1).

« IV. Principalis igitur divisio in eo est, quod aut prohibitoria sunt » interdicta, aut restitutoria, aut exhibitoria » (§ 142) (2).

« V. Sequens in eo est divisio: quod vel adipiscendae possessionis » causa comparata sunt, vel retinendae, vel recuperandae » (§ 144).

« VI. Adipiscendae possessionis causa interdictum accommodatur » bonorum possessori, cujus principium est *quorum bonorum*, ejusque » vis et potestas haec est, ut quod quisque ex his bonis quorum posses- » sio alicui data est, pro haerede aut pro possessore possideat, id ei, cui » bonorum possessio data est, restituatur. Pro haerede autem possidere » videtur tam is qui haeres est, quam is qui putat se haeredem esse. » Pro possessore is possidet, qui sine causa aliquam rem haereditariam » vel etiam totam haereditatem sciens ad se non pertinere possidet. » Ideo autem adipiscendae possessionis vocatur quia ei tantum utile est, » qui nunc primum conatur adipisci rei possessionem. Itaque si quis » adeptus possessionem amiserit, desinit ei id interdictum utile esse » (§ 144) (3).

« VII. Bonorum quoque emptori similiter proponitur interdictum, » quod quidam possessorium vocant » (§ 145).

« VIII. Item ei qui publica bona emerit, ejusdem conditionis in- » terdictum proponitur, quod appellatur *sectorium*, quod sectores vo- » cantur qui publica bona mercantur » (§ 146) (4).

« IX. Interdictum quoque, quod appellatur *Salvianum*, adipiscen- » dae possessionis causa comparatum est, eoque utitur dominus fundi

(1) Tutto questo n.° III. fu soppresso da Giustiniano.

(2) Questa divisione nel testo di Giustiniano si trova sul principio.

(3) I numeri V. VI. furono ritenuti da Giustiniano.

(4) I numeri VII. VIII. furono soppressi da Giustiniano.

» de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepi-
» gisset ». (§ 147) (1).

« X. RETINENDAE possessionis causa solet interdictum reddi cum » ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia est, et ante » quaeritur uter ex litigatoribus possidere, et uter petere debeat (2); » cujus rei gratia comparata sunt UTI POSSIDETIS ET UTRUBI » (§ 148).

« Et quidem UTI POSSIDETIS interdictum de fundi vel aedium pos- » sessione redditur; UTRUBI vero de rerum mobilium possessione » (§ 149).

« XI. Et si quidem de fundo vel aedibus interdicitur, eum potio- » rem esse Praetor jubet qui eo tempore, quo interdictum redditur, » nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possideat. Si vero de re » mobili, tunc eum potiorem esse jubet, qui majore parte ejus anni » nec vi, nec clam, nec precario ab adversario possidet. Idque satis ipsis » verbis interdictorum significatur » (§ 150) (3).

« XII. Sed in UTRUBI interdicto non solum sua cuique possessio » prodest, sed etiam alterius quam justum est ei accedere; velut ejus » cui haeres extiterit, ejusque a quo emerit, aut donatione acceperit. » Itaque si nostrae possessioni juncta alterius justa possessio exsuperat » adversarii possessionem, nos eo interdicto vincimus. Nullam autem » propriam possessionem habenti, accessio temporis non datur, nec dari » potest; nam ei quod nullum est, nihil accedere potest. Sed et si vitio- » sam habeat possessionem, idest aut vi, aut clam, aut precario ab ad- » versario adquisitam, non datur; nam et possessio sua nihil prodest » (§ 151) (4).

« XIII. Annus autem retrorsus numeratur. Itaque si tu, verbi gra- » tia, anni mensibus possederis prioribus V, et ego VII posterioribus, » ego potior ero ..... mensium possessionis ..... tibi in hoc interdi- » cto ..... » (§ 152) (5).

« XIV. Possidere autem videmur non solum si ipsi possideamus, » sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro » juri subjectus non sit, qualis est colonus et inquilinus. Per eos quo- » que, apud quos deposuerimus, aut quibus commodaverimus, aut qui- » bus gratuitam habitationem constituerimus, ipsi possidere videbimur. » Et hoc est quod vulgo dicitur retineri possessionem posse per quem-

---

(1) Il numero IX. fu ritenuto.

(2) Fin qui Giustiniano ritiene questo passo di Cajo, poi soggiunge le nuove cose sue sul petitorio ed il possessorio, di cui si parlerà più sotto.

(3) Questo num. XI. fu ritenuto da Giustiniano.—(4) Questo num. XII., che riguarda l'unione dei tempi dei possessi dei nostri autori, fu soppresso da Giustiniano.—(5) Fu parimente soppresso il num. XIII.

» libet qui nostro nomine sit in possessione. Quin etiam plerique pu» tant, animo *quoque retinere* possessionem. Nostrorum .... animo » solo quamvis .... retinere .... videamur (1). Adipisci vero *posses» sionem* per quos possimus, secundo commentario retulimus. Nec ulla » dubitatio est, quin animo solo *adipisci* possessionem nemo possit » (§ 153).

« XV. RECUPERANDAE possessionis causa solet interdictum reddi, si » quis vi dejectus sit. Nam ei proponitur interdictum, cujus principium » *est:* UNDE TU ILLUM VI DEJECISTI? per quod is, qui dejecit, cogitur ei » restituere rei possessionem; si modo is qui dejectus est nec vi, nec clam, » nec precario .... quod si autem vi, aut clam, aut precario posside» rit ...... » (§ 154).

« Interdum tamen .... vi, aut clam, aut precario possideret, coge» ret restituere possessionem: velut si armis eum vi dejecerim. Nam » Praetor ...... omni modo .... » (§ 155) (2).

« XVI. Tertia divisio interdictorum in hoc est, quod aut *simpli» cia* sunt, aut *duplicia* » (§ 156).

« Simplicia sunt velut in quibus alter actor, alter reus est, qualia » sunt omnia restitutoria aut exhibitoria. Nam actor est qui desiderat » aut exhiberi, aut restitui; reus is est, a quo desideratur ut exhibeat, » aut restituat » (§ 157) (3).

« XVII. Prohibitoriorum autem interdictorum alia *duplicia*, alia » *simplicia* sunt » (§ 158).

« XVIII. Simplicia sunt, quibus prohibet Praetor in loco sacro, » aut in flumine publico, ripave ejus aliquid facere (4). Nam actor est » qui desiderat ne quid fiat; reus is qui aliquid facere conatur » (§ 159).

« XIX. Duplicia sunt velut UTI POSSIDETIS interdictum et UTRUBI.

---

(1) Postochè le antecedenti parole sono in Giustiniano, si può restituire questo passo colle parole inserite nel § 5. « Quamvis ne» que ipse sit in possessione, neque ejus no» mine alius, tamen si non relinquendae pos» sessionis animo, sed postea reversurus inde » discesserit, retinere possessionem videatur.» La sola mutazione sta nella persona; chè Giustiniano parla in terza persona, e Cajo in prima.

(2) I numeri XIV. e XV. furono ritenuti da Giustiniano. Qui egli soggiunge le nuove pene da lui comminate contro la violenza. È forse un padrone che ripiglia con violenza il fatto suo? Egli ne perde il dominio. È forse un terzo che violentemente occupa l'altrui? Oltre alla restituzione, egli è costretto a pagare il valore della cosa.

(3) Il num. XVI. fu ritenuto da Giustiniano.

(4) Questo esempio, nel quale si tratta di un pubblico regolamento, in cui non vi può essere che ubbidienza, fu dal fabbricatore degl'*Instituta* di Giustiniano portato sotto alla semplice denominazione degl' interdetti proibitorii, mentre Cajo volle indicare un'altra idea. Ad ogni modo fu ripetuto anche da Giustiniano.

» Ideo autem *duplicia* vocantur, quia par utriusque litigatoris in his con-
» ditio est, nec quisquam praecipue reus vel actor intelligitur; sed unus-
» quisque tam rei quam actoris partes sustinet (1): quippe Praetor pari
» sermone cum utroque loquitur. Nam summa conceptio eorum inter-
» dictorum haec est: *Uti nunc possidetis*, *quominus ita possideatis*,
» *vim fieri veto*. Item alterius: *Utrubi hic homo*, *de quo agitur*, *apud*
» *quem majore parte hujus anni fuit*, *quominus is eum ducat*, *vim*
» *fieri veto* » (§ 160).

CAPO XLV.

Dei giudizii possessorii anteriori all'Impero greco. Del possessorio e petitorio, che rimasero sempre.

§ 1563. « Per certe cause (dice Cajo) il Pretore o il Proconsole in» terviene principalmente colla sua autorità, onde por fine alle contro» versie. » Confrontando questo passo col Titolo *Degl'interdetti*, inserito nelle Instituzioni di Giustiniano, che cosa rileviamo noi? Prima di tutto Giustiniano fa menzione del solo Pretore, senza far più menzione alcuna del Proconsole. Ciò derivava necessariamente dall'alterazione avvenuta dopo il tempo degli Antonini nel sistema delle romane magistrature. Il primo iniquo sovvertitore del sistema introdotto da Augusto fu Diocleziano, illirico di nascita, secondato dappoi in questa distruzione specialmente da Costantino, il quale colla mutazione di tutti gli ordini e colla traslazione della sede dell'Impero contrassegnò la divisione micidiale dell'Impero veramente romano dal greco orientale; chè a torto fu sempre riguardato l'Impero greco come una mera *continuazione* del romano.

§ 1564. Cajo osserva che PRINCIPALMENTE il Pretore ed il Proconsole interviene a por fine a certe controversie. Colla parola *principalmente* che cosa vuol egli dinotare? — A tale quistione si può rispondere soltanto colla cognizione del sistema giudiziario praticato nei migliori tempi anche sotto gl'Imperatori veramente romani. Conviene dunque sapere che il Pretore d'ordinario non si occupava delle cause che richiedevano una regolare e lunga discussione, benchè le petizioni venissero presentate al di lui tribunale. Egli in questi affari destinava arbitri o giudici subalterni, chiamati *Pedanei*, ai quali commetteva la speciale cognizione della data causa. Erano GIURÌ nominati *ad hoc*. Avanti

(1) Fin qui giunge il testo riportato da Giustiniano; il rimanente fu soppresso. Quindi i numeri XVII. XVIII. e XIX., tolto l'ultimo passo, furono ritenuti da Giustiniano.

a questo Giurì si procedeva *editis formulis*, e con un ordine di atti e di forme, dal quale non era lecito scostarsi. Non bastava esporre e provare il fatto autorizzante la domanda, come si suole praticare oggidì; ma bisognava proporre l'azione con certe *formole verbali*, ossia con un certo tessuto di parole consacrate, conosciute sotto il nome di *actiones legis*, di *formulae*, ec. ec. Di queste formule i nobili romani, nei primi tempi della repubblica, formavano un segreto per avere i clienti ligii a sè. Dopo che vennero reiteratamente divulgate, furono bensì partecipate a tutti, ma rimasero sempre obbligatorie; talchè chiunque non ne avesse usato nei giudizii, era respinto, come si fa oggidì colla violazione delle forme della procedura.

§ 1565. Le cause trattate in questa guisa dicevansi ORDINARIE. La necessità delle cose però obbligò in molti e molti oggetti a recedere dal rigore giudaico del cerimoniale, e ad attenersi alla verità delle cose, senza violare l'ordine *naturale* dei giudizii. Ecco le cause ossia le cognizioni STRAORDINARIE; ecco le *azioni di buona fede*, le *azioni utili*, ec. ec. Il Pretore usava di questo modo. In tutti gli affari che meritavano una *pronta provvidenza* il Pretore provvedeva egli stesso in via naturale. Da questi due modi di provvedere derivarono i giudizii così detti *ordinarii* e *straordinarii*. L'ordinario e lo straordinario non riguarda nè la frequenza o rarità dei casi, nè la variazione dell'ordine naturale giudiziario, ma unicamente la *maniera* di trattare le cause. Nelle ordinarie, cioè JUXTA ORDINEM, si doveva osservare scrupolosamente tutte le cerimonie, e adoperare certe formole verbali consacrate; nelle straordinarie si procedeva osservando la sola verità, tolte le formole sacramentali. In queste le azioni erano *di buona fede*, ossia meglio non erano legate alla forma delle parole, come si pratica appunto a' nostri giorni. A questo modo il Pretore decideva molte quistioni; come, per esempio, di salarii dovuti ad un'infinità di persone diverse, d'oggetti di minuta polizia interna, ec. ec. Queste formavano appunto l'oggetto di tali cognizioni o giudizii *straordinarii*. Da ciò si vede che questa distinzione ai tempi di Giustiniano diveniva senza senso alcuno.

§ 1566. Dunque allorchè Cajo dice che *principalmente* il Pretore ed il Proconsole si occupano di finire certe controversie, egli non ha voluto significare altro, se non che in queste cause il Pretore o il Proconsole non delegano verun arbitro o giudice pedaneo, onde agitare regolarmente la causa avanti di essi, ma bensì provvede egli stesso immediatamente. Fra queste cause primeggiano quelle nelle quali si tratta del possesso o del quasi possesso fra due o più litiganti. In esse il Pro-

console o il Pretore assumeva in sè stesso la cognizione e la decisione di questi possessi o quasi possessi. « Tum maxime (principaliter aucto- » ritatem suam proponit) cum de possessione aut quasi possessione inter » aliquos contenditur. » Qui si accenna il POSSESSO e il QUASI POSSESSO. Io non abbisogno più di notare, che colla sola parola *possesso* si denotano le cose materiali; col *quasi possesso* poi si denotano tutti i diritti, e specialmente le *servitù prediali*. Dunque il Pretore si occupava principalmente e sommamente di queste, onde pronunciare a chi provvisoriamente spettava il possesso o quasi possesso, del quale si contrastava.

§ 1567. Le decisioni da lui pronunciate, che si potrebbero chiamare ORDINARIE, secondo i diversi casi contenevano o il comando di *fare* qualche cosa, o il comando di *astenersi* da una data altra. Secondo la natura *imperativa* o *proibitiva* di questi comandi, tali ordinanze pretorie si disegnavano col nome di DECRETI o d'INTERDETTI. Col *decreto* si comandava di fare o di prestare qualche cosa; coll'*interdetto* si comandava di *astenersi* da una data altra, che aveva formato l'oggetto della controversia. Il nome generico di *comando* o di *ordinanza*, sia imperativa, sia proibitiva, viene qui designato col nome di FORMULA. È per altro da notare, che ai tempi di Giustiniano piacque di chiamare tanto le ingiunzioni quanto i divieti col nome solo di INTERDETTI (1). E per giustificare questo senso contorto, e questo vocabolo che nella prima significazione indicava la sola idea di divieto, si ebbe ricorso alla puerile etimologia, che *interdetto* voglia significare una decisione fra due parti litiganti: *interdictum, detto fra due parti* (2). In questo senso tutte le sentenze, tutte le decisioni fra le parti contendenti si dovrebbero chiamare *interdetti*. Tali interdetti corrisponderebbero agli interlocutorii conosciuti nel Foro, perchè il giudice *loquitur inter partes*. Ad ogni modo però, poichè alla Commissione di Costantinopoli

(1) Io non so con quale verità Triboniano abbia potuto dire: *erant autem interdicta formae atque conceptiones verborum, quibus Praetor jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat* (*Inst.* Tit. *De interdictis*). S'egli avesse almeno in senso assoluto definito in tale maniera gl'interdetti, si avrebbe potuto conchiudere che intendeva di comprendere le ordinanze sì imperative che proibitive. Ma dire in una maniera *storica* e di *fatto passato*, che sotto il nome d'*interdetti* si comprendevano anche i decreti, questa è una licenza di mentire all'uso del Palazzo.

(2) *Sed tamen obtinuit* (dice Triboniano) *omnia interdicta appellari* QUIA INTER *duos dicuntur* (Instit. *De interdictis*, § 2). Questa causale sarà forse stata creduta al tempo di Giustiniano; ma io potrei provare con passi degli scrittori sì del buon secolo della latinità, che degli altri posteriori, che il verbo *interdicere* fu sempre adoperato solamente per significare il *proibire*. Ottomanno e Dionigi Gottofredo, analogamente all'indole di questi giudizii, dicono che l'*interdictum* corrisponde all'*interim dictum*.

piacque contorcere il vero significato, e consacrare la parola *interdetto* nel doppio senso sopra recato, dobbiamo accomodarci ad annettervi l'idea complessiva che a quei signori piacque legarvi.

§ 1568. Fu detto che l'*ordinanza* pretoria stabilisce e decide della quistione del possesso, e che questa quistione viene finita dall'ordinanza pretoria. Con ciò però l'affare non si poteva sempre dire *consumato*, come avverte Cajo; imperocchè rimane ancora a conoscere dell'osservanza dell'editto. In questa discussione può nascere quistione se sia stato o no adempiuto a quanto fu prescritto dall'editto del Pretore. A provvedere a tale frangente Cajo ci avverte che si soleva andare dal giudice o dai ricuperatori (1); ed ivi *editis formulis*, cioè con domanda regolare, si disputava se fosse stata praticata qualche cosa contro l'editto del Pretore, oppure se si fosse ommesso qualcosa di quello ch'egli ordinò.

§ 1569. Ma dopo l'ordinanza pretoria, dopo eziandio i giudizii d'*esecuzione* ora rammentati, nelle private controversie rimaneva tuttavia a discutere la quistione del titolo, la quale colla sola decisione sul *possesso* non veniva assorbita nè punto nè poco. In ciò la giurisprudenza romana anteriore non fu nè punto nè poco cangiata, ma si conservò e dura tuttavia in tutto il suo vigore. Il distintivo di questi giudizii viene contrassegnato colla dimostrazione del *titolo* del DIRITTO, e colla proposta di provare l'esistenza e perciò la *causa* di tale diritto (2). La qualità di *domandante* o di *petitore* nelle leggi romane si distingue appunto per questo speciale carattere. Quindi furono chiamati *petitorii* i giudicii nei quali si trattava di dimostrare il TITOLO ossia la *causa del diritto* appartenente a taluno sopra una data cosa. Fissata quest'idea,

(1) Questi *recuperatores* erano giudici stabiliti, incaricati a far restituire il suo a chi n'era stato spogliato. D'essi veggiamo fatta menzione anche da Ulpiano nel Titolo primo delle sue *Instituzioni*. Teofilo li definisce appunto coi caratteri suddetti. Da ciò veniva il *recuperatorium judicium*, il quale si esercitava avanti uno speciale Giurì (*per judices datos*). Anche presso Cicerone nel Libro II. *De inventione*, presso Svetonio nella Vita di Vespasiano, e presso Plinio nella penultima Epistola, Libro III., troviamo menzione di questi giudizii ricuperatorii.

(2) *Formula* interdicti *haec erat:* UNDE TU ILLUM VI DEJECISTI EO RESTITUAS. *Formula autem* petitionis *haec erat:* SI PATET ILLUM DARE OPORTERE. Su ciò veggasi Cujacio sul Codice al Titolo *Degl' interdetti*, e Dionigi Gottofredo al Titolo delle Pandette *De interdictis*, sul principio. La prima formola appartiene appunto ai giudizii possessorii, ed esprime la sentenza che in siffatti giudizii si doveva pronunciare; la seconda formola poi esprime i giudizii petitorii e la sentenza rispettiva. Diciamo di più: essa esprime la causale; e questa causale è: *patet illum dare oportere*. L'*oportere* significa appunto il puro diritto, e non altro. *Dare oportet* corrisponde al *deve dare*, e il *deve dare* come da una parte esprime l'obbligo di prestare, dall'altra esprime per correlativo il diritto di esigere.

ognuno sente quanta distanza passi fra il giudizio semplicemente *possessorio* ed il *petitorio*. Nel *possessorio* l'oggetto è di puro FATTO, comunque questo fatto debba essere sgombro di certi vizii. Questo fatto consiste nell'esercizio d'un possesso reale, nel quale si comprende anche quello dei nostri autori, esente da violenza, da frode e da precarietà. Per lo contrario l'oggetto del *petitorio* consiste nel dimostrare che taluno *ha ragione* di conseguire una data cosa, malgrado che da altri sia posseduta senza vizio. Dunque col possesso semplice non s'intende *compreso* il diritto, perchè questo semplice possesso può essere senza causa *definitiva*. Può certamente essere munito anche di titolo; ma è sempre vero che ciò non è compreso nell'essenza stessa del fatto, e che per conseguenza questo titolo deve essere provato *indipendentemente* dal fatto stesso del possesso esercitato.

§ 1570. Posta questa distinzione fra il *possessorio* ed il *petitorio*, la quale non fu alterata giammai, ne segue che le ordinanze pretorie risguardanti affari privati, sia nella loro emanazione, sia nella loro esecuzione, non si possono considerare come *definitive* pel diritto originario e fondamentale competente all'una o all'altra delle parti contendenti (1). Rimaneva sempre (come rimane oggidì) la discussione propria del *titolo definitivo* del diritto competente, sia alla parte che possiede, sia a quella che non possiede. Dico anche a quella che non possiede, per indicare che, malgrado l'ordinanza pretoria, molte volte il possessore, o mantenuto o reintegrato o investito dal Pretore, poteva, come avveniva diffatti, col successivo giudizio petitorio essere spogliato dell'ottenuto o confermato o reintegrato possesso. Ciò avveniva tutte le volte che l'avversario o altra persona interessata dimostrava concludentemente il *titolo* della propria padronanza sopra la cosa controversa, onde così dar luogo alla verità, e soddisfare alla realità dei diritti di ciascheduno.

§ 1571. Qual'è la conseguenza che nasce da queste considerazioni? Che ogni giudizio puramente *possessorio* non è per sè stesso *definitivo* nel senso di aggiudicare la *proprietà* di una data cosa a qualsiasi cittadino; ma solamente *provvisionale* e puramente *presuntivo*, e rassomi-

(1) « Est autem interdictum (dice ottimamente Gottofredo) ομιλια, id est effatum Praetoris judicantis de sola possessione, vel quasi. Non decidit causam proprietatis, sed informat judicem, ad quem litigatores remittuntur, quisque litigantium futurus sit actor, quisque reus. » « Non est effatum Praetoris judicem instruentis quemadmodum in causa possessionis sit judicandum, quod male existimat Duarenus. Interdicta sunt interlocutiones et sententiae Praetoris latae in causa possessionis. » Gottofredus *ad Pandectas*, Tit. *De interdictis*, in principio.

glia ad una semplice nozione economica pronunciata per causa di pubblica sicurezza, salvi i diritti realmente appartenenti alle parti interessate. Ecco in succinto tutto lo spirito dell'ordine giudiziario romano nella materia di cui trattiamo.

CAPO XLVI.

Della sfera degli oggetti compresi dagl' interdetti romani. Loro natura puramente tutelare, comune a tutte le leggi positive. Parallelo colle legislazioni francese ed austriaca.

§ 1572. Qual' era la sfera degli oggetti compresi sotto le ordinanze del Pretore nell'antica giurisprudenza romana? A questa domanda ognuno può soddisfare leggendo il Titolo *De interdictis* ec. inserito nel Digesto. Ognuno s' accorge di leggieri che gl' interdetti pretorii non solamente abbracciavano i pochi oggetti dei quali si tratta nella moderna giurisprudenza, ma si estendevano a tutti i regolamenti di Polizia amministrativa sulle *cose*. Strade, ponti, acque pubbliche, edificii pubblici, certi oggetti di sanità o di comodo ec. ec., erano abbracciati dai così detti *interdetti pretorii*. Ciò che riguarda i così detti *possessi* o *quasi possessi*, e quindi le *vie di fatto* d'un privato contro l'altro privato, non formava propriamente che un solo *ramo* di tali interdetti. Quest' avvertenza è sommamente importante agli studiosi della romana giurisprudenza, onde non confondere i veri *regolamenti* di semplice Polizia amministrativa colle *azioni giudiziarie* esercitate oggidì colla scorta del Diritto romano. Questi regolamenti furono variati, cambiati, e molte volte ommessi, malgrado la loro ragionevolezza o necessità. Malamente dunque taluno si prevalerebbe del testo del Diritto romano per obbligare altrui a dare o a prestare le cose prescritte in questa specie di politici regolamenti. Distinguasi dunque la parte ritenuta dalla parte abrogata degli interdetti romani. Di essi non possiamo ritenere altro se non ciò che riguarda la continuità e l' esercizio dei possessi sì delle cose, che dei diritti capaci di possesso o quasi possesso. Tali sono appunto le servitù prediali, fra le quali primeggia quella dell' acquedotto.

§ 1573. Ritenuta questa separazione, rimangono in uso i così detti *rimedii possessorii*, già accennati da Cajo nel testo ora riportato. Tali rimedii sono appunto le ordinanze ossia gl' interdetti *adipiscendae, retinendae vel recuperandae possessionis*, provocati sia dalla illegittima detenzione della cosa nostra in mano altrui, sia dalla turbazione di un possesso da noi goduto, sia finalmente dallo spoglio d' una cosa da noi

posseduta. A questi tre oggetti principalmente si restringe la sfera degli interdetti romani mantenuti in vigore presso di noi.

§ 1574. Con questa conservazione della legislazione romana rimasero in pieno vigore anche le qualificazioni delle *vie di fatto*, in conseguenza delle quali viene domandata la manutenzione o la reintegrazione dei possessi legali. Quanto all' *acquisto*, la detenzione illegale di un bene o di un diritto competente ad altri si può considerare anch' essa come *via di fatto* continuata, benchè non sottoposta a veruna penale censura dalle leggi romane. Tal è il caso di chi occupa un' eredità, ossia altro bene che sa non appartenergli; bene inteso che questa occupazione non sia fatta in contraddizione della parte interessata, come si spiegherà ampiamente più sotto.

§ 1575. Parimente conviene osservare, che anche parlando degli interdetti meramente possessorii privati le leggi sussidiarie penali del Diritto romano non si debbono considerare essere tuttavia in vigore se non quando le leggi speciali di un dato paese non abbiano provveduto altrimenti; e nell' atto stesso abbiano dichiarato che il Diritto romano debba valere in mancanza dei regolamenti penali particolari. In breve, la parte non abrogata della romana legislazione concernente i rimedii possessorii si deve considerare ristretta ai soli rapporti di ragione naturale, onde da *una parte* assicurare i possessi delle cose, e dall'*altra* ristabilire la parità dei diritti lesi o dolosamente, o per una incolpabile ignoranza. L' oggetto di pareggiare fra i privati l' utilità mediante l' inviolato esercizio della comune libertà non deve mai essere perduto di vista; attesochè egli forma lo spirito, l' anima e, dirò così, l' essenza stessa dell' ordine civile privato, cui ogni savia legislazione deve ad ogni modo procurare. I mezzi subalterni e sussidiarii possono variare; ma lo scopo deve sempre rimanere fisso, inalterabile e pieno, dimodochè non esiste legislazione civile se questo scopo è mancato.

§ 1576. Gli editti del Pretore non differivano sostanzialmente dalle leggi. Così pure le sue ordinanze non differivano sostanzialmente dalle sentenze. Se gli editti erano *annali*, egli è perchè la carica del Pretore era annale; se le ordinanze erano *rivocabili*, egli è perchè versavano su prime *presunzioni*. Certamente tanto il *comando* quanto il *divieto* erano atti autorevoli ed obbligatorii, perchè emanavano dalla competente autorità. Più ancora: il comando di fare o di astenersi da qualche cosa sostanzialmente non differiva da quelle leggi, poichè si guarentiva rispettivamente un qualche diritto delle parti, e propriamente inchiudevano due ordinanze. *Tu farai la tal cosa*, ordina il Pretore. Ciò inchiude

essenzialmente l'altra formola: *niuno si opporrà a quanto io ordino;* ossia io vieto che altri s'opponga a ciò che ho ordinato di fare. Viceversa allorchè il Pretore dichiarava che non si praticasse il tal atto a pregiudizio di un terzo, per correlazione s'inchiudeva la libera facoltà al terzo di esercitare l'atto contrario a quello cui il Pretore aveva vietato; ossia meglio con ciò s'intendeva che questo terzo, sotto la garanzia della legge, fosse libero di esercitare l'atto cui il Pretore aveva proibito d'impedire. Ad ogni modo però ciò che cadeva sotto *obbligazione* era l'atto o comandato o vietato; dimodochè ommettendo il primo, o praticando il secondo, s'incorreva nella pena comminata dalla legge.

§ 1577. Questa osservazione non è inutile dopo le speculative divisioni e gli scambii incompetenti praticati dal Bentham. Diffatti nell'esercizio pratico sociale altro è *aver facoltà* di praticare o non praticare un atto, ed altro è *essere obbligato*, sotto sanzione penale, a praticarlo o non praticarlo. Sia pur vero che l'*effetto correlativo* di un atto obbligatorio consista in un diritto per un terzo, e che sia a lui in facoltà d'esercitarlo o non esercitarlo: sarà sempre vero che l'atto colpito da sanzione legale costituisce l'unico oggetto sul quale cade la possanza della legge. Più ancora: se una legge, riconoscendo la padronanza naturale dei rispettivi individui proibisce la turbazione di un legittimo diritto, essa non fa altro che prestare la *guarentigia*, e non la facoltà stessa *originaria* d'esercitare l'atto utile, o di procacciare la cosa godevole. Parlando esattamente, altro è ATTRIBUIRE O DONARE, ed altro è semplicemente TUTELARE. Sarebbe certamente cosa strana pensare che il guardiano o la sentinella che un padrone colloca su un proprio terreno, sia la dispensatrice del diritto di proprietà del campo o della casa da lei guardata. Eppure questa è sostanzialmente la pretesa di Bentham, tratta dalla considerazione che col divieto di non turbare l'esercizio della padronanza altrui s'inchiude per correlativo contrario la facoltà nel terzo d'esercitare il diritto medesimo. Questo scambio sofistico nasce dal non ricercare da che derivi l'*originaria* facoltà, e dal confondere un atto di semplice *tutela* con un atto di vera *attribuzione*.

§ 1578. Tutto questo riguarda i *divieti* concernenti l'esercizio dei diritti nativi degli uomini consociati. Quanto agli atti comandati *positivamente*, questi o riguardano ufficii NATURALI, come per esempio quelli dell'educazione, e che compongono la patria potestà; o riguardano ufficii veramente SOCIALI, e racchiusi nell'atto della civile colleganza. Se riguardano gli ufficii naturali, la sanzione pubblica non è altro che un *sussidio* propriamente tutelare di un dovere per sè naturale; e però la

sanzione pubblica non è che una *tutela positiva*, ossia di soccorso, sussidiaria alla tutela naturale in favore della persona alla quale prestar si doveva il dato ufficio. Se poi parliamo degli ufficii *sociali* civili, essi si risolvono nella stessa formola, per altro in una maniera meno diretta. Dico *in una maniera meno diretta*, ma però identica; poichè ammessa la vita sociale come soccorso *indispensabile* d'ogni individuo, ne viene la necessaria conseguenza, che gli ufficii indispensabili per la conservazione d'ognuno in questo stato si risolvono in ufficii personali a vantaggio d'ognuno. Qual'è la conseguenza che deriva da queste considerazioni? Che tutti gli atti, sia *comandati*, sia *proibiti*, in quanto si considerano nell'*autorità* imperante sociale, veramente non sono altro che puri atti di *guarentigia* e di *tutela*, e non mai di vera attribuzione. La *necessità* di questi atti viene indotta dalle circostanze inevitabili delle cose. Dunque il *diritto* della pratica o del divieto nascono dalla *stessa natura*. Dunque ad ogni modo l'attribuzione reale originaria figurata da Bentham è assolutamente falsa, oltre essere distruttiva d'ogni norma di giustizia.

§ 1579. Questa digressione era necessaria, onde non risospingere nelle tenebre ogn' idea fondamentale del buon Diritto, e introdurre di nuovo un caos in tutta la giurisprudenza sì naturale che civile. Ora venendo agl' interdetti possessorii ed ai decreti del Pretore e del Proconsole, io dico ch'essi erano di *naturale* Diritto sociale tanto pel loro *oggetto*, quanto per la loro *podestà*. Pel loro oggetto, perchè si trattava di proteggere, almeno finchè non apparissero ingiusti, i giusti possessi dei cittadini; per la loro podestà, perchè quest' ufficio essendo essenzialmente sociale, ed appartenendo a tutta la colleganza in favore de' suoi membri, egli era essenzialmente ed esclusivamente pubblico; e tanto più pubblico, quanto meno si doveva lasciare al privato il diritto di farsi giustizia di propria mano.

§ 1580. Tutto ciò che compone l'ordine delle procedure non risguarda il fondo del diritto, ma solamente la maniera di esercitarlo. Quelle che appellansi *forme* sono appunto queste maniere: esse variavano secondo la diversa contingenza dei casi. Pei casi più ordinarii, e nei quali non erano necessarie provvidenze gagliarde e rapide, si procedeva ad un modo; negli altri casi si procedeva in un altro. Una marmorea uniformità non fu mai la divisa dei Romani, come non fu mai quella della natura vivente.

§ 1581. Io non debbo spendere molte parole per ispiegare la natura dei rimedii possessorii e l'indole delle azioni relative, poichè presso

a poco tutte tre le legislazioni coincidono nello stesso senso. Mi giova solamente osservare una discrepanza fra il Diritto romano e la legislazione francese quanto all'oggetto materiale di queste azioni. Noi abbiamo veduto nel Capo XXI. di questo Libro, che nel Diritto francese viene stabilito come canone, che « l'azione possessoria ha per solo ed unico oggetto il possesso d'un *fondo* o d' un diritto *immobiliare.* » Dunque, secondo questa legislazione, le cose mobili non possono oggidì formare oggetto dell'azione possessoria. Ma dall'altra parte osservando tanto il testo di Cajo, quanto le Pandette Giustinianee, noi troviamo che l'editto del Pretore si estende anche alle cose mobili, fra le quali contavansi principalmente le persone degli schiavi. La cosa giunge al punto, che Cajo esprime che nel possesso di queste cose si doveva considerare anche il tempo ed il possesso dell'antecessore, e formare l'unione dei tempi, dei quali abbiamo già parlato. Veramente sopra questo particolare il Titolo delle Pandette di Giustiniano non esprime tale particolarità, come non viene espressa nemmeno dalle sue Instituzioni. Ciò si rileva dal Titolo delle Pandette segnato Utrubi, e dal Titolo *De interdictis* delle Instituzioni.

La cosa però configurata in tal modo da Giustiniano inchiuderebbe una vera incongruenza, allorchè si avesse voluto porre differenza fra l'azione possessoria delle cose stabili e dei diritti immobiliari, e quella delle cose mobili o semoventi. Ammessa l'azione possessoria in massima, l'unione dei tempi ne veniva per naturale conseguenza. Dunque si doveva o sopprimere del tutto quest' azione rispetto alle cose mobili o semoventi, o si doveva accordare una pari unione dei tempi.

Nella legislazione francese questa quistione diviene inutile, stantechè l'azione possessoria delle cose mobili e dei diritti relativi non viene ammessa nè punto nè poco. Qui dunque havvi un punto importante di disparità fra il Diritto francese ed il romano, in forza del quale non si può intentare veruna azione possessoria risguardante siffatte cose mobili o semoventi.

§ 1583. Maggiore è la difficoltà allorchè si considera la semplice lettera del Codice austriaco. Si può domandare se in questa legislazione le azioni possessorie s' estendano anche alle cose mobili o semoventi, a motivo appunto che negli articoli riportati al Capo XXXI. di questo Libro si parla delle cose in generale, senza far distinzione fra le stabili, le mobili e le semoventi. Anzi consultando il § 311, troviamo le seguenti parole: « Si può prendere il possesso di tutte le cose corporali » ed incorporali, che sono oggetto di legale commercio. » Da questa

spiegazione, combinata colle successive disposizioni sopra riportate, noi saremmo autorizzati a concludere, che le azioni possessorie accordate dalla legislazione austriaca abbracciano anche le cose mobili e le semoventi, benchè quanto al modo d'esercitare siffatte azioni differiscano dall'UTRUBI romano. Dunque per questa parte si avrebbe una concordanza quanto all'oggetto materiale fra il Diritto romano e l'austriaco; e la discordanza consisterebbe solamente nella *causa* del possesso legale sopra contrassegnata. Tutto questo sia detto di passaggio, perchè qui trattiamo di sole servitù.

CAPO XLVII.

Della riforma introdotta da Diocleziano nell'esercizio delle azioni possessorie.

§ 1583. Paragonando il sistema giudiziario esposto col testo di Cajo con quello che risulta dai testi di Giustiniano, che cosa rileviamo noi? Due grandi mutazioni furono fatte sì per le giurisdizioni che per le formole dei giudizii possessorii. Quanto alle formole, furono tolte tutte le cerimonie delle quali abbiamo ragionato nel Capo XLV.; dimodochè le azioni per interdetti (usando dell'antico linguaggio) furono rese tutte STRAORDINARIE, vale a dire si dovevano agitare senza l'impaccio delle parole e dei modi sacramentali usati per l'addietro. Così ridotte le cose, era incongruente chiamare dappoi col nome di *straordinarie* le azioni trattate senza codeste formole. Tolto il vecchio stile, e dovendosi nelle posteriori procedure seguire l'ordine naturale, non esisteva più distinzione alcuna nè d'ordinario, nè di straordinario; ma tutto era ordinario, perchè tutto doveva procedere in una stessa maniera, comandata dall'autorità legislativa. Quindi usare dopo la riforma dei nomi d'*ordinario* e di *straordinario* involgeva un assurdo legale e logico, perchè faceva supporre l'esistenza di una cosa che non esisteva più.

§ 1584. A questo assurdo non posero mente i fabbricatori delle Pandette di Giustiniano allorchè scrissero la rubrica del titolo del primo Libro, 43. delle Pandette, nei termini seguenti: « De interdictis, sive » extraordinariis actionibus, quae pro his competunt. » Qui Gottofredo domanda a ragione: « Igitur interdicta hodie sublata sunt? Minime; sed » tantum vetus et curiosa verborum solemnitas. Nam hodie actori suf- » ficit, antiqua et ordinaria solemnitate omissa (ideoque extraordina- » riae actiones vocantur), factum narrare simpliciter, et interdicti exem- » plo uti, vel experiri ad instar interdicti. » Si badi bene, che qui si

parla delle azioni proprie, le quali si dovevano promovere per l'ordinanza pretoria, e quindi si tratta della *forma* di que' giudizii che ai tempi di Cajo si dovevano trattare *èditis formulis*, dopo la interlocuzione del Pretore, come al Capo XLIV. di questo Libro. Dopo l'abolizione delle formalità, di cui abbiamo già parlato, queste azioni conseguenti alle ordinanze pretorie, che potevano competere, non si potevano più chiamare *straordinarie*. L'*ordinario* e lo *straordinario* sono termini relativi al sistema stabilito e vigente della legislazione. Ma postochè questa legislazione abolì le forme che chiamavansi antecedentemente *ordinarie* o *legittime*, cessava per ciò stesso ogni motivo di chiamare dappoi col nome di *straordinario* lo stile unico stabilito dalla legge vigente. I compilatori di Costantinopoli non s'accorsero della confusione e della perplessità ch'essi introducevano con questa mal pensata intitolazione. Non videro nemmeno la distinzione fra gli oggetti fondamentali del diritto e le forme delle procedure.

§ 1585. Ma prescindendo da ogni verbale sconvenienza, ed attenendoci al fondo delle cose, importa osservare che sì i giudizii successivi alle ordinanze o nozioni economiche, come le azioni petitorie, vennero dappoi assoggettate al solo ordine naturale, prescindendo da ogni materiale forma di parole. Questa prima riforma apparisce specialmente dal Codice giustinianeo. Ivi leggiamo un rescritto degl'imperatori Arcadio ed Onorio ad Emiliano prefetto del Pretorio, concepito nei termini seguenti: « Si quis quodlibet interdictum efflagitet, ruptis veteri» bus ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia actionem exprimere, » ac suas allegationes jubeatur proponere. » Da questo rescritto veggiamo che ai tempi di Arcadio ed Onorio l'antico modo romano, a cui Cajo alludeva, si trovava già abolito.

Con questo metodo si è continuato dappoi; talchè Gottofredo alla frase *ruptis veteribus ambagibus* soggiunge: « Idest, omisso veteri or» dine, inquam, adeundi Praetoris impetrandae formulae, remotis de» nunciationum et temporum ambagibus, de quibus dixi supra ad le» gem 2. Cod. *Si ex pluribus.* »

§ 1586. Ho detto che ai tempi d'Arcadio ed Onorio il vecchio stile ossia modo di procedere in materia d'interdetti apparisce di già abolito. Volendo poi andare indietro, noi ne troviamo notizia fin sotto Diocleziano e Massiminiano. Eccone la prova. In un rescritto dato il 1.° Gennajo da Sirmio, senza segnatura d'anno, e colla sola indicazione del Consolato di questi due Imperatori, leggonsi le seguenti parole: « Interdicta autem licet in extraordinariis judiciis proprie locum

» non habeant, tamen *ad exemplum eorum* res agitur » (1). Qui, come ognuno vede, si parla dei giudizii possessorii propriamente tali, e precisamente di quelli che, secondo Cajo, si esercitavano avanti ai giudici *editis formulis*, i quali non si debbono confondere colle azioni petitorie propriamente dette. Questo è così vero, che lo stesso rescritto, dopo aver fatta la distinzione fra la lite della proprietà e del possesso, viene a parlare in particolare delle azioni proprie degl' interdetti medesimi. Ecco l'intero testo di questo rescritto: « Incerti juris non est, or» ta proprietatis et possessionis lite, prius possessionis decidi oportere » quaestionem competentibus, ut ex hoc, ordine facto, de dominii disce» ptatione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur. » Interdicta autem licet in extraordinariis judiciis proprie locum non » habeant, tamen ad exemplum eorum res agitur. Subscripta kalendis » Januarii. Sirmii ipsis *AA* Conss. » Qui Gottofredo osserva, che *jure ordinario ex interdictis agebatur*; e si vale dell'autorità di Frontino e di Ageno. Se al suo tempo fossero state trovate le Instituzioni di Cajo, egli avrebbe potuto confermare questa osservazione col n.° 3. del testo romano, già da noi recato nel Capo XLIV. Alle parole *ad exemplum eorum res agitur* soggiunge: « Hodie ex interdictis non agimus veteri » more per *formulam*, sed extra ordinem; non directo, sed utiliter; non » directa actione, sed quasi interdicto, sive exemplo interdicti. » Con queste locuzioni, colle quali si allude ad un sistema abolito, non si annunciano direttamente nè le vecchie, nè le nuove forme. Dunque conveniva conoscere distintamente il metodo giudiziario anteriore, stabilire nitidamente il loro modello, quindi dire le mutazioni indi fatte, e finalmente annunziare il posteriore nella sua integrità.

§ 1587. Ma tutto questo al nostro proposito servirebbe di pura erudizione. Basti intendere che la mutazione dell' ordine antico romano la veggiamo annunciata ai tempi di Diocleziano e Massiminiano, mentre la continuazione di questo sistema la veggiamo in pieno vigore ai tempi di Marco Aurelio. Fissate queste due epoche, noi stringiamo i tempi di modo, che possiamo con buon fondamento imputare la riforma a Diocleziano medesimo, il quale d'altronde sappiamo essere stato il primo sovvertitore degli altri ordini utilissimi stabiliti da Augusto, e mantenuti da tutti i savii Imperatori che precedettero allo stesso Diocleziano.

§ 1588. Ma volendo restringere ai minimi termini la riforma introdotta pei giudizii possessorii, noi troviamo ch'essa si riduce a due sommi

(1) Questo passo si trova nella legge 3. Cod. *De interdictis*.

capi. Il primo è quello d'avere abolito le formole verbali, colle quali si dovevano concepire le azioni risguardanti questi interdetti; il secondo capo poi è la dispensa di ricorrere al Pretore per impetrare tali formole, di fare le solenni denuncie, e d'interporre gl'intervalli di tempo, da noi chiamati *termini*, anteriormente usitati. A questi due sommi capi si restringe la riforma introdotta da Diocleziano (1).

(1) Se la vera intenzione di Diocleziano fosse stata di rendere più semplice e più spedita la procedura dei giudizii possessorii, egli si sarebbe ristretto ad abolire le formole sacramentali introdotte dalla vecchia gelosia fra gli ottimati ed il popolo, ed avrebbe lasciata la giudicatura presso le persone alle quali da Augusto, da Trajano e dagli Antonini fu affidata. Ma, prendendo il pretesto della semplicità e della speditezza, egli affidò l'autorità dei Giurì di giustizia civile a'suoi commessi.

LIBRO III.

DELLA SANZIONE DELLE PROVE, DELLE CAUZIONI DEI GIUDIZII, E DELLE DISCIPLINE DELLA FORZA ESECUTIVA NELLE CONTESE DELLE ACQUE.

CAPO I.

Delle azioni petitorie proprie delle servitù, e dello spirito filosofico e generale dei giudizii civili. Delle presunzioni della legge.

§ 1589. Esaminando il tenore e lo spirito dell'antecedente Libro che cosa rileviamo noi? Noi abbiamo propriamente esposti i *titoli* pei quali si possono esercitare le azioni possessorie, ed opporre le rispettive eccezioni in materia di acque. Noi abbiamo portato la nostra attenzione principalmente sulle qualificazioni delle *vie di fatto*, attesochè per motivo di esse si suole per lo più esercitare la tutela contenziosa, che forma l'argomento della presente Parte. Nel trattare però di queste *vie di fatto* non abbiamo dimenticato di produrre i principii di ragione naturale e positiva, pei quali ogni legittimo possessore può tutelare le proprie ragioni.

§ 1590. È vero che noi abbiamo portato una speciale attenzione sopra la tutela preliminare e *provvisoria* suggerita dalla pubblica sicurezza; e solamente di passaggio abbiamo parlato dei giudizii regolari petitorii, i quali possono aver luogo immediatamente senza che preceda alcuna *via di fatto*. Questo contegno ci fu suggerito da una necessaria economia nell'esporre la teoria della ragione tutelare delle acque. Allorchè si tratta del petitorio, è detto tutto quando si esprime doversi presentare una dimanda, colla quale si concluda doversi per *diritto* aggiudicare il tale servigio, o essere *liberato* da un tale onere preteso da un terzo. Appunto a questi due titoli, anche secondo il Diritto romano, si riduce ogni domanda ed il *merito* definitivo d'ogni lite in punto di servitù.

§ 1591. Allorchè si domanda che venga prestato un dato servigio, si esercita l'azione appellata dai Romani CONFESSORIA; allorchè al contrario si combatte per la *libertà* di siffatto servigio, ha luogo l'azione detta NEGATORIA. Colla confessoria (che si potrebbe dire anche ASSERTIVA) si pretende la prestazione della data servitù; colla negatoria se ne pretende

la *esenzione* (1). Per altro ognuno vede che, in caso di contestazione della parte contraria, nascono due termini correlativi, pei quali se l'uno domanda una data servitù, e l'altro la nega, si può dire che l'uno esercita l'*azione* confessoria, e l'altro impiega l'*eccezione* negatoria. Viceversa allorchè taluno domanda la liberazione o l'esenzione, e la parte contraria vi si oppone, l'*attore* esercita l'*azione* negatoria, ed il *reo convenuto* esercita l'*eccezione* confessoria.

§ 1592. Questa particolarità di nomenclatura non altera nè punto nè poco l'ordine ed il carattere ordinario e comune ad ogni specie di giudizii petitorii; attesochè, come in tutti gli altri, conviene, anzi ogni cosa, produrre il *fatto* dal quale nasce la nostra azione giudiziale, e quindi si deve conchiudere col *diritto* già attribuito dalla legge. In tutte sorta d'affari queste funzioni sono identiche, e però le regole *della comune procedura* sono applicabili indistintamente. Se, attesa la natura della servitù, occorrono speciali *mezzi di prova*, o speciali *cauzioni giudiziarie*, tutti questi oggetti appartengono alle tre altre rubriche già segnate sotto il nome di *sanzione delle prove*, *cauzioni dei giudizii*, e *discipline della forza esecutiva*.

§ 1593. Questi tre oggetti possono essere comuni tanto ai giudizii *possessorii*, quanto ai *petitorii*. Oltre a ciò possono, secondo le circostanze, concorrere nella stessa lite, e cadere nel medesimo processo. Così, p. e., quando taluno senza permesso del padrone di un canale vi immetta la propria acqua, e il padrone ricorra contro questa turbazione di possesso, può occorrere tanto nel giudizio possessorio, quanto nel petitorio, di dover portarsi sul luogo, e instituire, anche col concorso dei periti delle parti, visite, indagini, processi verbali, ed altre simili funzioni, sia probatorie, sia conservatorie, a norma delle leggi. Dunque se colla mente si debbono distinguere gli oggetti ai quali il legislatore dovette provvedere, non si potrebbero però trattare in una maniera *isolata* senza esporsi a viziose ripetizioni, o senza l'inconveniente di presentare membra staccate, nell'atto che convien cogliere tutto il prospetto complessivo del corpo posto in movimento.

---

(1) « CONFESSORIA actio dicitur ea, qua quis » JUS SERVITUTIS sibi aut praedio suo debi- » tum persequitur. » De qua vide titulos *Si usufructus petatur* Dig. Lib. VII., et *Si servitus petatur*, Lib. VIII.

« NEGATORIA actio est illa, qua quis LIBERTATEM fundi sibi vindicat, *negatque* ser- » vitutem deberi, quam quis in eo sibi arro- » gat. » De qua vide Lib. VII. tit. *Si servitus vindicetur*, art. 2. Pothier *ad Pandectas* Lib. I. Tit. 16. *De verb. signif.* verb. *confessoria*, *negatoria*.

Vedi anche il Brissonio alle stesse parole, ed il Voet.

§ 1594. Ricordiamoci perpetuamente, che nella parte tutelare contenziosa si tratta di esporre una serie connessa e cospirante di funzioni, le quali vanno a finire in una sentenza attribuitiva o negativa di qualche diritto. Conviene figurare ogni lite come una specie di *dramma*, nel quale v' è una proposizione, un intreccio ed uno sviluppo. Per la qual cosa l' immagine di un' azione drammatica serve ad illustrare un' azione giudiziaria.

E per ravvisare le cose in maniera diretta conviene sempre pensare che ogni giudizio non è altro che l'*esercizio* dell'*azione* attribuita dalla legge per tutela dei nostri diritti. Ora in questo esercizio conviene considerare tre cose; cioè:

I. I MOTIVI CHE VI DANNO CAUSA; locchè riguarda i *titoli* delle azioni o eccezioni autorizzate dalla legge.

II. La MANIERA DI ESERCITARLA; locchè riguarda l'*istruzione* del fatto e le provvidenze incidentali.

III. La MANIERA DI COMPIERLA E DI ESEGUIRLA; locchè riguarda tutte le *sentenze*, i rispettivi gravami, il passaggio in cosa giudicata, e finalmente la consumazione dei giudicati.

§ 1595. Tutto ciò che abbiamo detto nell' antecedente Libro si riferisce alla prima di codeste tre parti delle azioni giudiziarie risguardanti i giudizii in materia di acquedotto. Le altre due formano propriamente oggetto di questo Libro, nel quale per altro, prescindendo dalle forme materiali, prenderemo di mira gli oggetti voluti dalle buone leggi. Conviene aver sempre presente lo scopo ultimo, al quale tendono tutte le operazioni sì delle parti litiganti che del giudice, onde ben penetrarsi della qualità e dell' importanza d'ogni particolare funzione componente questa specie di dramma.

§ 1596. Semplice è la formola che deve servire sì ai litiganti che ai giudici. Ogni petizione, ogni risposta, ogni deduzione, ogni scrittura, ogni sentenza si deve ridurre ad un perfetto SILLOGISMO. Il fatto è così, ma la legge dispone così; dunque io domando, io eccepisco, io concludo così. La *maggiore* viene instituita dal *fatto;* la *minore* dalla *legge;* la *conseguenza della petizione*, dalla *risposta* o dalla *sentenza.* Tutta la serie dell' istruzione del processo versa sopra le particolarità della MAGGIORE, poichè il processo è finito allorchè il *fatto* è discusso. Dico *discusso*, per indicare solamente gli sforzi fatti, sia da una parte, sia dall' altra, onde comprovare il fondamento della propria azione o eccezione. I tentativi delle prove non debbono confondersi colla *effettiva dimostrazione* della verità dei fatti, ossia della CERTEZZA che si brama otte-

nere. Spesso accade che questi sforzi riescono vani; e certamente una delle parti, vale a dire la soccombente, si reputa avere tentato frustraneamente questa dimostrazione.

§ 1597. Ho detto che, finita la discussione del *fatto*, il processo d'istruzione è FINITO esso pure. La discussione di diritto non forma veramente oggetto di *contestazione* giudiziaria. Quand'anche le parti, nel caso di una legge ambigua, non avessero disputato sul senso di lei, o nel caso d'una prova inconcludente non ne avessero dimostrati i difetti di credibilità, ma si fossero contentati solamente di negarne l'oggetto; ciò non ostante il giudice sarebbe in dovere di supplire da sè stesso in questa parte. Suo ufficio è d'*applicare* la legge al caso presentato; dimodochè egli non deve seguire le suggestioni delle parti, ma determinarsi unicamente in conseguenza dei rapporti che a lui emergono tra il fatto presentato e la legge promulgata. Quanto al *fatto*, a lui non rimane che il *calcolo* della rispettiva *certezza* o *incertezza*. Tocca alle parti di presentare i DATI, ossia i motivi di credibilità. Il giudice non deve nè indovinarli, nè supplire da sè stesso; ma deve soltanto PESARNE la rispettiva credibilità.

§ 1598. E qui si presenta una funzione *secondaria*, tutta propria del giudice in questa parte della CRITICA GIUDIZIARIA. Sebbene la legge non possa essere che pedissequa della logica, ciò non ostante può avere stabilite certe PRESUNZIONI, le quali servono come altrettanti punti d'appoggio al criterio dei giudici nell'esaminare le quistioni di fatto. Se queste presunzioni non sono *definitive*, esse indicano per lo meno *a chi spetti* la prova contraria. Certe presunzioni di fatto (1) poi sono così in-

(1) Dico *di fatto*, per distinguerle da quelle che malamente appellansi *juris et de jure*. Queste sono certe *supposizioni* assunte dai legislatori per fondarvi sopra certe *stabili* provvidenze. Così il legislatore presumendo che gli uomini al di sotto d'una certa età siano incapaci d'amministrare il fatto loro, e quindi abbisognino di assistenza, dichiara invalide le contrattazioni fatte senza il concorso dell'autorità tutoria. Così pure presumendo che un amministratore non controvegliato sia portato a far prevalere il proprio interesse a quello dell'amministrato, non dà fede agli atti della sua gestione se non sono comprovati e placitati.

Queste ed altre simili supposizioni, fondate sull'andamento consueto delle cose e degli uomini, e che in sè stesse presentano pericoli da evitarsi, servono di fondamento ad alcune leggi stabili e costanti. Queste sono quelle che dal volgo forense appellansi *presunzioni juris et de jure*.

Ho detto che malamente vengono appellate con un tal nome; imperocchè, quanto al giureconsulto ed al magistrato, esse non costituiscono fuorchè i *motivi* delle tali e tali leggi fisse, positive e generali. Tuttaquanta la legislazione, se ben si pensa, è fondata sopra simili presunzioni, per ciò appunto che statuisce *in generale*. Chiameremo noi dunque tutti i motivi delle leggi col nome di *presunzioni juris et de jure?*

Qual è l'ufficio del giureconsulto e del magistrato? Ben intendere e ben applicare la

dotte dal principio della sicurezza dei possessi in società, che non venendo distrutte da prove positive contrarie, servono al giudice di *fondamento* a pronunciare una sentenza assolutoria da una dimanda tendente a spogliare un cittadino di un asserito diritto, tutte le volte che il petente non distrugga queste presunzioni. Ricordiamoci che negli affari civili vale soltanto la verità *estrinseca*, e non l' *intriseca* (1); ed essere necessario partire da certe supposizioni, onde ottenere la comune sicurezza dei nostri possedimenti (2). Premesse queste generali osservazioni, passo a trattare della sanzione delle prove, delle cauzioni dei giudizii, e delle discipline della forza esecutiva in punto della condotta delle acque.

SEZIONE I.

Della sanzione delle prove in materia della condotta delle acque, secondo la legislazione romana, francese ed austriaca.

CAPO II.

Il diritto al genere delle prove è inseparabile dal titolo stesso del diritto fondamentale sulla cosa.

§ 1599. Nel considerare l'esistenza delle tre legislazioni, che si sono succedute l' una all' altra, qui tosto si presenta una quistione di diritto *transitorio*, per ciò che riguarda la sanzione delle prove ammissibili in giudizio in sede petitoria o possessoria, risguardanti l'acquedotto. Semplice e spedita è l' ispezione risguardante tanto il Diritto romano, quanto l'austriaco. In queste due legislazioni ogni fatto si può provare sì per via di *testimonii*, che per mezzo di *scritti* o di altri documenti comprovanti; talchè non v' ha *limitazione* alcuna dipendente dal diverso carattere delle servitù. Per lo contrario nel Diritto francese, trattandosi di servitù continue non apparenti, o di discontinue sia apparenti, sia non apparenti, il fatto della servitù pretesa non può essere comprovato che con documento scritto. Ciò fu a suo luogo abbondantemente provato, talchè non vi può essere dubbio in contrario. Ora fingasi il caso di una

---

legge. A che far venire a confronto i motivi della legge colle presunzioni di fatto provvisoriamente assunte per motivo di sicurezza pubblica e privata? I motivi restano fissi; le presunzioni per lo contrario cedono alla verità di fatto dimostrata coi legittimi mezzi di prova.

(1) Vedi il Capo XIII. del Libro II. della Parte antecedente. — (2) Vedi il Capo II. e V. del Libro antecedente.

servitù continua non apparente, o di una servitù discontinua sia apparente, sia non apparente d'acqua, cui si pretendesse fondata sotto l'impero del Codice Napoleone, e che sotto l'austriaca legislazione venisse in contestazione avanti i tribunali, sia in *petitorio*, sia in *possessorio*. Si domanda se i giudici austriaci possano accettare o no la semplice prova *testimoniale* che la parte pretendesse di addurre.

§ 1600. A tale quistione ovvia è la risposta in forza della massima a suo luogo pienamente comprovata. Questa massima è, che il TITOLO, l'AZIONE e il GENERE DELLE PROVE appartengono essenzialmente al Diritto, e formano parte integrante del jus quesito sotto l'anteriore legislazione; e però in forza della Patente premessa al Codice austriaco, e del § 5. di detto Codice, viene conservato illeso anche al dì d'oggi. Solamente per una storta intenzione, e per mera ignoranza, si sogliono confondere le forme giudiziarie col *genere* delle prove, alle quali le parti acquistarono un inviolabile diritto quesito. Tutti i principii di ragione naturale e pubblica, e le solenni ed autorevoli decisioni allegate a loro luogo, smentiscono l'opinione professata da taluni, che colla mutazione del Codice di procedura siensi variati i *diritti* a quel *genere* di prove, ch'era richiesto dalla legislazione, sotto l'impero della quale l'atto fu celebrato.

§ 1601. Fingiamo dunque il seguente caso. Pietro da dodici anni fa, cioè sotto la passata legislazione, pretende d'avere acquistato il diritto di un'acqua *estiva* dal fontanile di Paolo; oppure pretende d'avere il diritto di far passare in una data stagione dell'anno una presa d'acqua attraversando il fondo di Paolo. Per far constare di questo diritto egli offre una modula d'interrogatorii da darsi ad alcuni *testimonii*, onde far vedere sì della concessione da lui asserita, che del possesso da lui esercitato.

Paolo si oppone dicendo, che questa prova quanto all'acquisto è assolutamente INAMMISSIBILE, e che deve essere rigettata, domandando per lo meno l'assoluzione dal presente giudizio. In prova di tale sua opposizione egli allega la legge sotto la quale Pietro afferma d'avere acquistato l'asserito diritto, e pone in campo le ragioni che da noi furono spiegate nel Capo X. del Libro II. della Parte antecedente. Contro questa opposizione di Paolo qual cosa ragionevole potrebbe Pietro opporre? S'avviserebbe egli di dire che il Codice austriaco per tutti gli affari ammette indistintamente la prova testimoniale? — Qui Paolo risponderebbe, in primo luogo, che la legge, la quale dispone pel *futuro*, ha pure contemplati i casi che *nasceranno* sotto il suo impero, e non i casi già *nati* sotto l'impero di un'antecedente. In secondo luogo poi contrapporrebbe

tanto la Patente suddetta, quanto l'art. 5. dello stesso Codice, nel quale si dispone che le sue leggi non debbano avere un effetto *retroattivo*. Per effetto retroattivo ognuno intende lo spoglio di un diritto quesito anteriormente. La Patente suddetta conserva questi diritti in una maniera ancora più energica e più ampia di quella del Codice Napoleone. Dunque la quistione si concentra nel sapere se il *genere* delle prove formi o no parte essenziale di questo diritto quesito.

Oseresti tu negare (qui prosegue Paolo) che il GENERE delle prove, comandato o autorizzato dalla legge vigente al tempo dell'atto supposto, sia parte inseparabile ed essenziale del diritto anteriormente quesito? Per convincerti che la tua negativa è erronea, e radicalmente distruttiva d'ogni buon diritto, consideriamola nel doppio aspetto ch'essa presenta. E per adattarmi alla tua intelligenza io mi valgo di un esempio. Fingiamo che tu mi domandassi di venire un dì a raccogliere frutta nel mio orto, e che io te lo concedessi. Arrivato il giorno e l'ora nella quale io ti concedetti di entrare, tu vieni; ma trovi la porta chiusa, ed una forte guardia che in mio nome t'intima di tornare indietro. Che cosa diresti tu di me? Diresti che mi sono per lo meno preso giuoco di te; che, per ciò stesso che ti concedetti di venire, io mi era obbligato di lasciare aperta la porta, e non rimandarti. Diffatti concessa una facoltà, s'intendono per ciò stesso non impediti i mezzi, senza dei quali non può essere esercitata. Tutte le leggi sono d'accordo in questo. Mio caro Pietro, arrivi tu ad intendere tutto ciò? ne sei persuaso? — Io ho inteso, e accordo che tutto ciò sia vero; ma non veggo che abbia a far nulla col nostro argomento. — Abbi un po' di pazienza, e lo vedrai. Dimmi: è vero, o no, che ciò che civilmente *non consta*, civilmente *non esiste?* Se questo detto ti pare oscuro, te lo dirò in altra maniera. In tutti i tempi anche di grosso senso è stato detto e ripetuto, che « colui che non » può provare NON HA NULLA; attesochè, mancando la prova, egli è co- » me se la cosa non provata non esistesse. Perlochè *non provare* la » cosa e *non essere* è tutt'uno. Da ciò viene, che dicesi MANCAR DI DI- » RITTO chi manca di prove » (1).

Qual'è la conseguenza di tutto questo? Che tolta la prova, è tolto anche il diritto positivo. Dunque accordare un diritto, e non valutare la

(1) « Qui probare non potest, nihil habet; » et ubi probatio deficit, perinde est ac si illud » quod non probatur, non esset. » — Cap. *Solemnitates* 1. *De censur.* Dist. 1. — Leg. *Duo sunt Titii*. Dig. *De Tert. tutela*. — « Et probari non posse, vel non esse idem sunt; et » qui non probat, dicitur jure carere, etc. » — Mascardus, *De probationibus*, Tract. praelim. Quaest. 1. n.° 12. Augustae Taurinorum 1591, pag. 2.

prova è una crudele, anzi micidiale derisione. Egli è lo stesso che concedere colle parole, e negare col fatto. Vedi, o mio caro Pietro, se la similitudine corra.

Puoi tu ora negare che la facoltà della prova sia legalmente così immedesimata col titolo del diritto, che non si possono separare? Dunque chi acquistò il titolo, acquistò anche il diritto della prova. Dunque non si può togliere o ledere la prova, senza togliere o ledere anche il diritto. Dunque se la legge vigente al tempo dell'atto volle un tal *genere* di prova, esclusone un altro, i contraenti o autori dell' atto acquistarono diritto sì ad approfittare del primo genere, che a respingere il secondo.

Io veggo bensì (ripiglia Pietro), che se taluno acquista, per esempio, il diritto di provare per mezzo di testimonii un tal atto *sotto* di una legge anteriore, sopravvenendone una posteriore, la quale *escluda* questa prova, sarebbe iniquità lo spogliare l'acquirente del diritto di far constare avanti ai giudici posteriori dell'atto suo passato per mezzo dei testimonii, perchè sarebbe come togliergli il titolo stesso. Ma questa ragione corre forse nel caso in cui si tratti di provare oggi per testimonii ciò che in passato non si poteva provare? Questa tesi *inversa* non pare soffrire difficoltà. Diffatti si tratta di provare un fatto passato. Dunque se ho il mezzo abile, che cosa importa che in passato questo mezzo non fosse riconosciuto o venisse rigettato? Quello che non valeva allora, vale oggidì. Ciò a me basta, senza contrastare il principio da te sostenuto, e l'assunto che hai provato fin qui.

Pian piano, mio caro Pietro. Prima di cantar vittoria permetti che finisca il mio discorso. Io ti ho promesso di trattare del diritto probatorio sotto i due aspetti ch'egli presenta. Nel primo aspetto *egli* si presenta come MEZZO DI ACQUISIZIONE; nel secondo aspetto si presenta come MEZZO DI DIFESA. Fin qui io ho parlato del primo; ora mi resta a parlare del secondo, e vengo a te.

È vero, o no, che quando la legge impose per un tal atto un dato genere di prove, esclusi gli altri, non si potè *acquistare* azione civile, ossia diritto positivo, se non per quel mezzo solo? Dunque, *ommesso* quello, non si acquista diritto; dunque il diritto non ebbe mai origine, e non esistette mai; dunque è un assurdo in termini volere oggi provare la passata esistenza di una cosa che si confessa non avere avuto esistenza. A tuo comodo io mi spiego. È vero, o no, che tu vuoi oggi provare per testimonii una mia concessione passata, che si doveva accordare allora soltanto per iscritto autentico? È vero, o no, che tu

confessi che questo scritto ti manca, e che allora non fu fatto? È vero, o no, che questo era il *solo mezzo* per acquistare il diritto? È dunque evidente, che essendo mancato tal mezzo in te, non potè nascere il diritto preteso. Dunque il diritto asserito non esistette. Dunque volendo tu oggi provare per testimonii l'acquisto di questo diritto, essenzialmente pretendi provare l'esistenza di un diritto che non nacque mai. Se la legge mi guarentì allora per questo mezzo, chi ti dà diritto di togliermi oggi questa tutela? Con ciò il diritto probatorio fa la funzione di MEZZO DI DIFESA, come fa la funzione di MEZZO D'ACQUISTO.

Il tuo principio, mio caro Pietro, può imporre nel *senso comune* o filosofico, ma non nel senso giuridico e politico. Altra è la fede nudamente *storica*, ed altra è la fede *politica*. Quando la legge legò la *trasmissione* e la *tutela* dei diritti ad un determinato mezzo di prova, non si può figurare dappoi che, mancando questa prova, si possa supplire dopo, onde far esistere in passato ciò che non esistette mai. Così si potrebbe togliere ogni diritto prima quesito. Dunque sarebbe assurdo ed iniquo non voler oggi riconoscere come esercibile un'azione contrattuale, perchè ci dobbiamo valere di mezzi di prova che posteriormente furono riprovati, benchè in passato fossero competenti. Viceversa egualmente assurda ed iniqua è la pretesa di dar vita nel passato ad un'azione che non potè mai nascere con mezzi di prova allora nulli e riprovati. *Retroazione* viziosa, retroazione esecrata, retroazione proibita è questa, la quale, se per caso fosse permessa, o spoglierebbe o comprometterebbe tutte le legittime possessioni.

§ 1602. Ecco la conseguenza dell'opinione di alcuni forensi, i quali pretendono che in tutte le cause anche aventi origine da atti passati si debba usare ogni genere di prove ammesse dal Regolamento giudiziario austriaco, malgrado che la legislazione anteriore avesse per certi atti legato il diritto ad un determinato *genere* di prove. Non temiate, signori miei, che ciò alteri d'un solo capello la vostra trafila. Voi non dovete avere altro incomodo, che d'inserire nelle vostre scritture un documento scritto, invece d'una modula d'interrogatorii.

§ 1603. Per confermare che in materia di diritto *probatorio*, secondo la legislazione austriaca, si statuisce nella stessa guisa come in materia di diritto *attributivo*, leggasi fra gli altri il seguente membro del § 172 del Regolamento generale del Processo civile. « Ai chirografi però, ossia obbligazioni per causa di debito DOPO LA PROMULGAZIONE DELLA LEGGE, *e che verranno eretti per l'avvenire*, si presterà piena fede » (colle forme ivi segnate). Ponete il caso che oggi venga prodotto un

chirografo di data *anteriore*. Qual fede presterete al medesimo? Ovvia è la risposta. Quella che gli veniva prestata secondo le leggi vigenti al tempo in cui fu esteso. Eppure il chirografo si produce oggi. Se dunque allora faceva piena fede, si dee prestargliela anche oggi, malgrado che manchi delle forme del Regolamento. Viceversa, se non ne faceva nessuna, nessuna si potrà attribuirgliene nemmen oggi. Ma posto che non ne facesse nessuna, niun diritto ne poteva nascere. Ora supponiamo che la legge avesse legato a quello scritto la certezza d'un atto: quale ne sarebbe la conseguenza? Che con quell'atto non fu fatto nulla. Come dunque volete supplire? Col creare oggi un atto di molti anni addietro. Ecco la vostra pretesa.

§ 1604. Per soprappiù poi vi domando, se accordiate al legislatore di fare per motivo di *pubblica sicurezza* ciò che il Codice civile austriaco accorda ai privati. Ora è vero, o no, che, secondo il § 884, se le parti hanno espressamente convenuto che un tale contratto debba farsi in iscritto, esso non esiste fino a che non esista il relativo scritto firmato dalle parti? Supponiamo per ipotési che una rifiutasse di firmare, e che per testimonii si volesse far constare del vero accordo: i giudici che cosa dovrebbero pronunziare? Ecco il caso degli atti legati dal Codice Napoleone alla prova scritta.

§ 1605. Sia dunque che si agiti in petitorio, sia che si agiti in possessorio qualunque quistione risguardante servitù che si pretendono nate sotto l'impero del Codice Napoleone, non si potranno dai giudici valutare altre prove, che quelle le quali erano autorizzate dal Codice medesimo. Per dare esempii di questa regola furono appunto prodotti nel Libro antecedente i casi e le decisioni inserite. Esse possono servire di criterio perpetuo in casi analoghi.

CAPO III.

Che le discipline puramente giudiziarie, gli attentati pendente lite, i regolamenti di pubblica amministrazione posteriori, debbono prevalere nelle liti derivanti da atti seguiti sotto anteriori legislazioni.

§ 1606. Il caso esaminato fin qui presenta, come ognun vede, un giudizio PETITORIO, perchè versa sul TITOLO stesso della prestazione di un'acqua estiva, in forza della quale Pietro domanda che gli venga aggiudicato il diritto di usare della medesima.

Potrebbe certamente nascere il caso che Pietro, o in forza di precario espresso, o in onta del precario tacito risultante dalla servitù non

prescrittibile, pretendesse d'essere *mantenuto* nel possesso goduto fino al dì d'oggi; ma in questo caso dovendo produrre il *titolo scritto* per escludere la presunzione legale di *facoltativa* nata dall'indole stessa della servitù discontinua, ne verrebbe la conseguenza, che, mancando di questo titolo scritto, egli dovrebbe soccombere anche in tale tentativo. Io non abbisogno più di provare simile conseguenza, dopo le cose dimostrate nel Libro antecedente circa questo preciso articolo.

§ 1607. Tenti dunque Pietro il petitorio, o tenti anche il possessorio, sarà sempre vero che, trattandosi d'un affare avente causa sotto l'impero del Codice Napoleone, egli dovrà soccombere. Tutto il fin qui detto si restringe soltanto all'azione civile, ed al genere delle prove che si debbono ammettere. Quanto poi alle altre provvidenze accessorie, sia conservatorie, sia reprimenti, debbono aver luogo le disposizioni della nuova legge, semprechè esse appartengano all'ordine pubblico, e siano provocate da fatti personali indipendenti dalla primitiva fondazione e originaria conservazione del diritto quesito. Tal è in primo luogo l'ordine materiale delle procedure; tal'è la repressione delle violenze e degli arbitrii proibiti; tali in materia d'acque le discipline di pubblica amministrazione, onde i lavori sulle acque non riescano nocivi alle vie pubbliche, e non portino pericolo d'innondazioni e guasti ai vicini; tale finalmente la materia dei così detti ATTENTATI, i quali sono *novità fatte in pendenza della lite*, e che rivestono propriamente il carattere di delitto contro la giustizia pubblica.

§ 1608. In tutti questi ed altri simili oggetti si deve far agire la legge ultimamente vigente, perchè in essi non si può riconoscere appartenere al cittadino verun diritto *irrevocabilmente quesito*. Il principio direttivo di tutte le leggi meramente *disciplinari*, e di tutte quelle di diritto pubblico ossia politico, è di dover essere dettate non dai rapporti della privata proprietà e dell'individuale eguaglianza, ma bensì dalle *varie esigenze* della complessiva pubblica colleganza. Dunque al variare di queste esigenze varia eziandio il diritto rispettivo. Dunque se il privato ritrae certi beneficii, essi sono essenzialmente rivocabili a beneplacito del legislatore, attesochè fino dal principio questa specie di leggi involge la condizione di essere cangiata all'opportunità.

§ 1609. Di qui viene la conseguenza, che siffatte leggi hanno il loro effetto dal momento della loro promulgazione; ch'esse colpiscono e troncano il corso del passato; che dal passato non si può trarre diritto alcuno di continuare o di conseguire un dato beneficio che oggi viene tolto; in breve, che in queste non si dà viziosa *retroazione*, perchè in

esse non esiste verun diritto *irrevocabilmente quesito*. I forensi non hanno posto mente che alle leggi che riguardano lo stato civile, mentre se ne possono annoverare molte altre. Per nostra buona fortuna i forensi non debbono studiare assai sulle materie delle acque, poichè i Regolamenti anteriori ammininistrativi sono mantenuti nella loro piena osservanza. Qui si richiami ciò che si espone in fine del Libro II. della Parte III.

CAPO IV.

Principio positivo comune ad ogni specie di prova tradizionale. Della prova del luogo e del tempo.

§ 1610. Collo stabilimento delle cose autentiche tutti i legislatori hanno avuto in mira di stabilire e di sanzionare colla pubblica autorità la fede che deve prestarsi agli atti esprimenti un dato fatto, o una serie di dati fatti. Ma nel compiere tale funzione hanno pure designato le *condizioni* che si dovranno adempiere onde produrre questa fede. Siffatte condizioni non sono nè possono giammai essere arbitrarie, ma vengono necessariamente determinate dai rapporti naturali della *credibilità*. Questa credibilità consta di due parti: l'una tutta logica, l'altra tutta politica. La prima ha per oggetto la scoperta più completa che sia possibile dei fatti esposti; la seconda ha per oggetto la veridica espressione e manifestazione dei fatti medesimi. Se nella prima si ha in mira la *certezza* di tutta la verità, nella seconda si ha in mira la più *integra veracità*.

§ 1611. Contro la violazione della veracità militano le sanzioni penali del falso di qualunque genere; contro la violazione poi delle condizioni della *certezza* militano sì le pene di NULLITÀ, che certe altre pene particolari contro quei funzionarii che dalla legge furono incaricati di ricevere gli atti autentici. Tali sono i notai, i cancellieri, gli uscieri, gl'incaricati delle relazioni o dei processi verbali, sia civili, sia criminali, sia amministrativi.

§ 1612. Prescindendo ora dalle considerazioni risguardanti la pura *veracità*, e supponendo in primo luogo l'esposizione ingenua di un dato fatto, noi troviamo esservi certi canoni *comuni* tanto alle disposizioni testimoniali, quanto all'erezione di qualunque documento scritto. Questi canoni comuni altri sono generalissimi, ed altri sono proprii alla natura degli atti, sia *convenzionali*, sia semplicemente *informativi*.

§ 1613. Cominciando dai canoni *universalmente comuni*, ognuno riconosce che tutti i fatti umani esterni sono circoscritti da *spazio* e da



tempo; vale a dire, nascono tutti in un dato luogo e in un dato tempo. Dunque qualunque deposizione, qualunque informazione, qualunque esposizione scritta di qualsivoglia atto passato sarà realmente mancante di verità, ossia sarà imperfetta, se non potrà esprimere il LUOGO e il TEMPO, sia del fatto esposto, sia della convenzione avvenuta, sia della esecuzione o invenzione fatta, sia di qualunque altro atto del quale in giudizio si voglia far uso. Io dico che sarà *imperfetta*, e non dico che sarà *falsa*. Può benissimo accadere che consti di un atto, senza che consti del luogo e del tempo in cui avvenne. Questa mancanza se in affari non contenziosi può far ammettere l'esistenza stragiudiziale e morale di un atto, dovrà forse tollerarsi in affari nei quali può decidere del mio e del tuo, e della imputazione o non imputazione di un dato fatto? Si noti bene il concetto e l'importanza di questa quistione.

§ 1614. Se senza la precisione del tempo e del luogo fosse molte volte impossibile stabilire l'*anteriorità* o la *posteriorità* di un diritto; se senza la precisione del luogo e del tempo fosse ad un imputato tolto l'adito di far trionfare la sua innocenza; egli è per sè manifesto che in tutte le *materie*, nelle quali l'epoca precisa è *decisiva* del diritto, nessun legislatore potrebbe tollerare l'ommissione di quest'epoca e di questo luogo. Un grande interesse pubblico esige questa condizione, a costo di non ottenere qualche volta un intento comunque lodevole. Il pericolo di compromettere la sicurezza è un motivo così prevalente, che tutto deve essere posposto a questo sommo, perpetuo ed universale motivo. Dunque qualunque istromento, qualunque deposizione, qualunque processo verbale, qualunque relazione la quale manchi della espressione del luogo e del tempo, quando da questa espressione possa derivare o un'azione o un'eccezione, non potrà essere riguardata come valida a pronunziare giudizio. In linea sì di logica critica che di logica legale quest'atto così mancante si dovrà ritenere come inetto a far fede di qualunque fatto seguíto. Diffatti manca di una circostanza essenziale; poichè siccome la stessa cosa non può essere e non essere nello stesso tempo, così mancando il tempo e il luogo, manca la condizione colla quale dovette esistere. Più ancora: siccome si tratta della verità *estrinseca*, e non dell'*intrinseca;* e siccome si tratta di mezzi dipendenti dalla tradizione umana, i quali possono essere menzogneri o erronei; così sarebbe un escludere la prova del contrario, se si autorizzasse l'ommissione del luogo e del tempo dell'atto. Diffatti questa prova si potrebbe fare in una maniera indubitata, la quale distruggesse l'affermativa contraria in una maniera vittoriosa. Il celebre *alibi*, quando sia provato con

tutti i suoi requisiti, non si può far valere se non nel caso che si ponga in contrapposto un dato luogo e un dato tempo preciso. Ora *escludere* la prova del contrario egli è lo stesso che autorizzare la calunnia, la frode, lo spoglio; è lo stesso che immolare, sia la sicurezza personale, sia quella dei beni dei cittadini, alle macchinazioni, agli errori, alle frodi, e ad ogni altro genere di mal'opera o delle passioni, o dell'ignoranza.

Dunque un grande interesse sì privato che pubblico esige che le circostanze del *luogo* e del *tempo* preciso siano poste come condizioni indeclinabili delle esposizioni d'ogni fatto, dal quale possa dipendere la decisione di qualsiasi diritto reale o personale, tanto per *acquistare*, quanto per *difendere*.

§ 1615. Questa regola vale non solamente negli atti *transitorii*, ma eziandio negli atti *continuativi*. Così, per esempio, trattandosi di *prescrizioni*, di *pratiche*, e di altri simili oggetti, si devono precisamente fissare i *due limiti*, entro i quali far constare essersi esercitato un dato possesso, e praticato il dato atto. Così, per esempio, si deve dire che nel corso di venti o trent'anni, o per altro periodo fisso di tempo, dal giorno sul quale è interrogato un testimonio, fu continuato il dato possesso o praticato il tal atto, o che ha esistito il dato fabbricato, il dato termine o segnale di confine, ec. ec.

§ 1616. Ciò che abbiamo detto rapporto ad un *alibi*, ossia a quella che chiamasi *prova coartata*, si verifica eziandio per molti atti positivi muniti di tutte le formalità legali. Io potrei citare esempii di testamenti e di contratti segnati sotto un dato giorno e luogo, dei quali si rilevò la formale falsità, perchè si potè provare concludentemente che in quel dato giorno, sia il testatore, sia l'uno dei contraenti, si trovava nell'impossibilità di celebrare quell'atto, o si trovò occupato in tutt'altra funzione; o finalmente che le persone continuamente presenti entro quel periodo di ore esclusero colla loro scienza la pretesa asserzione, sia del testamento, sia della convenzione imaginata. Per questo motivo troviamo che anche contro gl'istromenti più solenni si ammette la prova in contrario, benchè fino a causa conosciuta tali autentici documenti debbano far fede.

§ 1617. Quantunque questa regola sia più ampia dei limiti del luogo e del tempo di cui parliamo, ciò non ostante essa comprende precipuamente l'una e l'altra circostanza, e ciò per un argomento *a majori ad minus*. Diffatti sarebbe stato molto inutile ed inconcludente lo zelo della legge di ammettere da una parte la facoltà di provare la falsità, sia d'un documento, sia di un'accusa, sia d'una deposizione, se dall'altra parte

avesse resa impossibile questa prova contraria, non imponendo la precisione del luogo e del tempo dell'atto impugnabile. La calunnia molte volte è smentita colla sola discordanza dei testimonii sul luogo o sul tempo. Celebre e noto è l'esempio dei vecchioni di Susanna côlti in menzogna da Daniele. La discordanza del luogo preciso fece risultare la loro calunnia. Son noti gli esempii rapporto al tempo in molti fatti sì civili che criminali. Toglietę questa precisione, ed eccovi un uomo o spento o spogliato per imprudenza, o per malvagità della legge medesima.

CAPO V.

Della prova della causa della scienza.

§ 1618. Un secondo canone universale è, che la cognizione di qualunque fatto esterno non si ottiene se non per *esperienza* propria, o per *tradizione* altrui. Ogni fatto esterno, al quale non si possa assegnare questa origine, è intieramente imaginato. Ciò che dicesi del fatto, intendesi di qualunque circostanza di esso, stantechè le circostanze non sono che parti integranti e componenti lo stesso fatto. Ciò che dicesi del tutto, deve dirsi di qualunque parte, stantechè il tutto non è che il complesso delle parti medesime. Dunque se fosse permesso dispensarsi di dar ragione di qualche circostanza, si potrebbe dispensarsi anche di dar ragione del tutto, ossia del fatto intiero. Dunque, per massima generale, affinchè un fatto sia credibile, dev'essere appoggiato o all'esperienza propria, o alla tradizione altrui. Dunque qualsiasi di lui circostanza deve ugualmente risultare da alcuna di queste due fonti.

Ma la tradizione altrui si deve in fine risolvere sopra l'esperienza propria di chi narra il fatto, prescindendo per ora dalle eccezioni che possono farsi sull'abilità o imparzialità di chi narrò il fatto medesimo. Dunque in prima origine ogni fatto esterno si risolve sopra l'esperienza propria di chi depone o asserisce un dato fatto accaduto.

§ 1619. Questo canone al pari del primo, risguardante il luogo e il tempo, non può mai soffrire eccezione. Qualunque minimo arbitrio autorizzerebbe necessariamente la menzogna, la chimera, l'illusione, e comprometterebbe sempre la sicurezza delle persone e delle cose in società. Chiunque autorizzasse un testimonio, un relatore, un redattore di un atto ad omettere la causa della sua scienza, autorizzerebbe con ciò stesso l'asserzione di fatti gratuiti, imaginarii, falsi, e così discorrendo. Su questo punto adunque non vi può mai essere dispensa, perchè di un fatto esterno testificato, qualunque uomo che non voglia in-

gannare, può sempre dire s'egli lo ha veduto o sentito, o se altri glielo abbia narrato. Anche questo canone universale viene generalmente riconosciuto come fuori di ogni eccezione.

§ 1620. Considerando le cose più profondamente, ci accorgiamo che con questa cautela ognuno si pone in grado di valutare anche la forza di qualunque deposizione sopra un fatto esterno. Il narratore dice egli d'aver sentito il fatto da altri? Allora il suo detto non serve a provare nè punto nè poco il fatto, ma ad andare in traccia del narratore che lo raccontò al testimonio. Il *dictum de dicto* per sè non vale nulla; poichè non è che la ripetizione, quand'anche fosse fedele, ed un puro eco di un'altra narrazione, della quale si deve verificare il fondamento. Dunque se fosse cento o mille, o qualunque il numero dei testimonii che depongono sulla tradizione altrui, la deposizione loro, presa per sè stessa, non vale a nulla. Quando poi si giungesse alla prima sorgente di chi asserisce aver veduto e sentito, allora la deposizione di questi cento e di questi mille non vale nulla più della deposizione di quell'uno o di que' due, i quali attestano il fatto per esperienza propria.

§ 1621. Fingete voi all'opposto che il testimonio deponga il fatto o qualche sua circostanza, allegando di averlo veduto od altrimenti sperimentato? Allora ciò induce la necessità di essere stato *presente* al fatto narrato, o alla circostanza deposta. Qui dunque in mille e mille occasioni si può avere appiglio di una giusta difesa o eccezione, prescindendo per ora dallo stato mentale o dalla parzialità del testimonio. Così si potrebbe provare che nel dato giorno e nel dato luogo questo testimonio non fu nè punto nè poco presente; e con ciò, senz'altre penose indagini, si potrebbe smentire il suo detto. Più ancora: se asserisce d'essere stato presente, e di aver veduto la data persona o i dati altri compagni, egli deve avere ritenuto almeno le loro forme, quando non asserisca di essere stato loro conoscente. Allora venendosi ad un confronto, e mancando la ricognizione, la di lui deposizione rimane senza quella forza comprovante che deve avere.

Tutto ciò ha luogo in forza della obbligazione di dar ragione della sua deposizione, fatta astrazione se dal canto delle cognizioni e dal canto degli affetti il testimonio sia o no degno di fede.

§ 1622. Nelle controversie in materia d'acque può accadere, com'è spesso accaduto, di esaminare tanto i fatti civili, quanto i fatti criminali. Tutte le *vie di fatto*, specialmente accompagnate da violenze, appartengono appunto alla classe delle cose criminali di maggiore o minore importanza. Per la qual cosa si debbono conoscere esattamente almeno

i canoni universali della logica critica, e specialmente della legale risguardante le prove. Questi canoni, che non soffrono mai eccezione sotto veruna ragionevole legislazione, non possono variare col cangiarsi delle legislazioni medesime. Può bensì un legislatore comandare o vietare un dato atto; ma egli non può fare che ciò che avvenne non sia avvenuto, e ciò ch'è incerto sia certo, e viceversa. Distinguansi dunque le discipline diverse colle quali si possono redigere le prove, dai canoni di *credibilità* coi quali un giudice deve giudicare della certezza o dell'incertezza dei fatti medesimi. Le prime non sono che forme di esecuzione; gli ultimi sono motivi di convinzione. La certezza è un *sì* od un *no* escludente il dubbio del contrario. Questo sentimento per sè indivisibile, e che non ammette gradi, può risultare da mille mezzi variati, i quali, presi per sè soli ed isolati, non formano certezza alcuna, benchè tutti uniti possano in fine produrre quest'unico, semplice ed indivisibile sentimento. Fra questi mezzi alcuni sono assegnabili dall'umana ragione, e suscettibili di una stabile sanzione del legislatore. Questa stabile sanzione non può cadere se non sopra quei canoni ossia regole le quali non soffrono mai eccezione. Le due regole segnate fin qui, l'una risguardante l'assegnazione del luogo e del tempo, l'altra risguardante la causa della scienza di chi attesta un fatto esterno, sono appunto canoni universali che non soffrono eccezione giammai. Dunque essi sono suscettibili di stabile sanzione legislativa, e però devono consacrarsi come eterni ed inviolabili. Dunque la loro ommissione deve segnarsi come una nullità assoluta.

CAPO VI.

Della prova della capacità di mente e della imparzialità di cuore. Strane massime comandate dai successori di Costantino, dagli autori del Diritto canonico, e dai giureconsulti posteriori.

§ 1623. Siccome una deposizione altrui, che attesta un fatto esterno per propria esperienza, deve far le veci dello sperimento, come se l'uditore fosse stato presente egli stesso; così questa deposizione può non meritare la nostra fede allorchè non siamo certi, sia della *cognizione*, sia della *imparzialità* del narratore. Dunque un canone eterno sarà, che = non si può ammettere come certa la deposizione di un testimonio, allorch'egli manchi della conveniente *capacità di mente*, o della richiesta *imparzialità di cuore.* = Da questa regola discendono le enumerazioni di tutte le persone, le quali *presuntivamente* peccano per l'uno o

l'altro difetto, sia separatamente, sia unitamente. Tutte le giuste leggi hanno riconosciuta questa regola, benchè abbiano variato nell' applicazione. Parlo delle leggi *giuste*, e non di quelle dettate o dal fanatismo, o dall' asceticismo, o da pregiudizii volgari.

§. 1624. E qui, a cauzione di coloro che leggono gli espositori delle vecchie dottrine, devo ricordare che dobbiamo ringraziare la saviezza dei moderni legislatori e dei Codici attuali, i quali hanno *ricondotto* il criterio positivo alla sua integra origine. Diffatti se esaminiamo le arbitrarie decisioni degl' Imperatori posteriori a Costantino, sì orientali che occidentali; se esaminiamo inoltre le eccezioni introdotte dal Diritto canonico; e se alla fine poniam mente alle capricciose antipatie autorizzate da giureconsulti ascetici ed ignoranti; noi troveremo, a vergogna universale delle passate età, un ammasso di cose tanto assurde, improvvide ed impolitiche, da far desiderare che molte e molte pagine del Codice di Giustiniano, della collezione del Diritto canonico, e delle dottrine dei giureconsulti o non fossero nate, o se ne fosse irrevocabilmente perduta la memoria.

§ 1625. Chi direbbe infatti che un buon possidente, un savio mercante, un onesto cittadino, che fu sempre giusto ne' suoi contratti, onorato nella sua parola, rispettoso per ogni verso degli altrui diritti, debba essere tassato abitualmente come indegno di fede, perchè, per esempio, pensa che si debbano ribattezzare i fanciulli, che non sia necessaria una data cerimonia, che non convenga adorare un' imagine, e così discorrendo? Eppure per questi ed altri più strani titoli del tutto *speculativi*, i quali non intaccavano in modo alcuno la veracità naturale, si toglieva al commercio sociale la facoltà di far constare degli atti seguìti; e per una teologica dissidenza s' induceva una legale presunzione di menzognero, e si condannava come proscritto chiunque non era concorde colla predominante armata teologia. Giustiniano, più teologo che politico, credendo rattemperare il furore de' suoi antecessori, inserì nel suo Codice una legge del 5 Agosto dell'anno 532, nella quale dichiarò che non vengano ricevute le testimonianze degli eretici contro i Cattolici. Ed anche fra gli eretici interdisse qualunque testimonianza ai Pagani, ai Manichei, ai Borboriti, ai Samariti, ai Montanisti ec., come qualunque altra legittima conversazione. « Sed his quidem, idest Manichaeis, » Borboritis et Paganis, nec non Samaritis et Montanistis et Tascodro» gitis et Ophitis, omne testimonium, sicut et alias legitimas conversa» tiones, sancimus esse interdictum » (1). Ho rimarcato specialmente

(1) Leg. 21. Cod. *De Haereticis et Manichaeis et Samaritis.*

questa legge dopo che il giudizioso Voet nell'esporre la sana giurisprudenza si lasciò trascinare a dare come *assoluto* e permanente titolo di inabilità a fare testimonianza la disposizione di questa legge di Giustiniano (1).

Certamente egli doveva vedere che per lo meno queste ed altre simili leggi non erano e non furono che di *pura circostanza*. E siccome era già noto a tutti i giureconsulti che molta parte del Codice giustinianeo era stata abrogata, così egli nell'accennare siffatte leggi di persecuzione doveva ricordare che al pari degli altri regolamenti puramente *politici* esse si dovevano ritenere come abrogate, o almeno non doveva nè punto nè poco farne menzione, come di leggi attualmente obbligatorie.

§ 1626. Parlando del Diritto canonico, ed ommessa la causa della differenza delle opinioni religiose (la quale fu ritenuta in tutta la possibile ed immensa sua estensione), mi giova ricordare le tesi risguardanti i Cattolici medesimi puri da qualunque macchia di ereticale pravità. E qui si debbono distinguere le relazioni fra i chierici ed i laici, e fra secolari e secolari, o altri cittadini in genere. Noi leggiamo, per esempio, sotto la prima relazione le seguenti tesi in Mascardo. « Laicus contra » clericum testis esse non potest in causa criminali, etiam si clericus » sit simpliciter tonsuratus » (2). Ecco il testo di questa strana ed impolitica tesi: « Laicus contra clericum in causa criminali testimonium » dicere prohibetur. » — Cap. *De caetero de testibus*. — « Tum quia » laici clericis infesti sunt aegre ferentes privilegia eorum. » — Cap. *Laicos* 2. Quaest. 7. — Cap. *Clericos*, *De immunitate Ecclesiae*. « Tum » etiam propter reverentiam, quia non est paris dignitatis cum clerico, » nec paris conversationis. » E qui cita l'Abate, il Felino, il Lancellotto, il Conrado, il Rebufo, il Campeggia, il Croto, ec. — « Ampliatur primo ut procedat in quocumque clerico etiam simpliciter tonsurato. » — Dicto Cap. *De caetero de testibus*. — In Cap. *Clericos* in verso Psalmista, Dist. 21. — « Nam et ipsi clerici dicuntur, et clericorum ap» pellatione veniunt. » E qui cita di nuovo un'altra serie di reverendi

---

(1) « Sed et Judaei (dice egli) ac Haeretici improbiores idonei testes in judiciis non » sunt, nisi inter ipsos Haereticos aut Judaeos » contentio sit, quasi tunc digni sint tali liti» gatori testes. » Leg. pen. Cod. *De Haeret. et Manich.*

Ad Pandectas, Lib. XXII. tit. 5. n.° 2. Si potrebbe domandare quale sia per un legale il criterio onde distinguere la maggiore o minore *improbità* d'un eretico, in relazione a fare o non far fede di ciò che può avere materialmente veduto o sentito.

(2) Ecco la più spedita maniera onde procacciarsi una generale impunità, a meno che sempre e poi sempre un chierico non facesse un passo senza essere accompagnato da due altri chierici per lo meno.

canonisti (1). Si noti bene che questa tesi non è fondata su mere opinioni dei canonisti, ma sul testo formale del corpo del Diritto canonico (2).

§ 1627. Passando all'altra relazione fra laico e laico, o fra i cittadini in generale, noi troviamo fra i testimonii riprovati, vale a dire indegni di fede e legalmente vituperati, i *giuocatori abituali*, che non si confessano e comunicano al tempo di Pasqua, i *golosi* o *leccardi*, la *gente di teatro*, i *bastardi*, i *concubinarii*, gli *usurai*, i *penitenti pubblici*; molto più poi le *meretrici* ed i *ruffiani*, e generalmente le *vili persone*. Io non mi occuperò qui a tessere la lunga litania di tali nomi. Con questi però non debbonsi confondere quelli espressi nella seguente tesi, benchè paja singolare. « Nono collige quod suplicans Principi pro re» tractando sententiam quae in judicatum transivit, ut infamis infamia » de jure expressa testificari prohibetur. » E qui cita la legge del Codice *Ut lit. pend.*, il Giasone, il Lancellotto, il Conrado ed il Castrense (3).

§ 1628. Per una inconcepibile contraddizione poi, e per un assurdo massimo di ragione e di diritto, i testimonii tassati come in tutto o in parte inabili, e come tali indegni di fede, si volevano far valere negli oggetti più gravi, nei quali anzi trattavasi del più grave interesse. Questo travolgimento d'ogni senso di ragione e di sicurezza lo vediamo pur troppo appoggiato da molti inconsiderati autori. Essi non pensarono che la credibilità di un testimonio non è in ragione dell'oggetto materiale di cui si tratta, ma in ragione, sia della cognizione, sia della fede morale che si deve dare a' suoi detti. Prescindendo dalla cognizione, e ponendo mente alla *veracità*, quale più sterminato assurdo si poteva figurare, che la stessa persona, la quale in un oggetto di minor momento non merita fede alcuna, possa o debba meritarla in oggetto di più grave

---

(1) Mascardo *De probat.* Conclus. 1364. n.° 44 e 45.

(2) In una Decretale del papa Alessandro III. del 1180, diretta all'Arcivescovo di Salerno, leggesi quanto segue: « Laicos in *ac*» *cusationem* vel *testimonium* contra cleri» cum in criminali causa non esse aliquate» nus admittendos *censura sacrorum cano*» *num* manifestim edocet, nisi forte suam vel » suorum injuriam prosequantur. *Nec tunc* » etiam ad *testimonium*, sed ad accusationem » possunt admitti. » Dunque se un laico non aveva che testimonii laici d'un delitto qualunque commesso contro di lui da un chierico ,l'accusa rimaneva senza prova. Noi omettiamo gli altri, perchè sono concordi. Qui si osservi che si citano in appoggio canoni di Concilii.

(3) Mascardo, Conclus. 1362. — Questi giureconsulti si fondarono sul seguente rescritto dell' imperatore Costantino, detto il Grande, del 1.° Agosto 331, mandato a tutti i Provinciali. « Qui licitam provocationem » omiserit perpetuo silentio silere debebit, nec » a nobis impudens petere per supplicationem » auxilium. Quod si fecerit, desiderio suo ca» rebit, et IGNOMINIAE poena notabitur. » Che cosa avrebbe detto poi se si fosse trattato di sovvertire la cosa regolarmente giudicata da tutti i tribunali possibili, e già passata in giudicato?

importanza? La scala della sicurezza delle vite e delle fortune dei cittadini veniva così rovesciata, facendo valere l'assurdo più sterminato. Da una parte si poneva che le prove dovessero essere indubitate; e dall'altra nei più gravi affari si dovevano usare le più sospette e vituperate. Leggasi il detto Mascardo, scorransi i giureconsulti da lui citati, e gli altri troppo noti, e si rileverà la dolorosa verità, che la economia delle prove testimoniali, tanto estesa e tanto decisiva, era guastata dall'arbitrio, dai pregiudizii, e dal capriccio (1).

Tiriamo un velo su queste scene dell'ignoranza e delle passioni imperanti delle passate età, e riassumiamo nella sua integra purità il terzo canone fondamentale. « Posti i dati della *capacità di mente* e della *imparzialità di cuore*, qualunque sia la persona che depone un fatto » esteriore, essa deve meritar fede fino a che non si provi il contrario. » Questa fede scema o si toglie in ragione dei contrarii difetti. »

CAPO VII.

Degli scritti autentici. Della prova per confrontazione di caratteri.

§ 1629. Ciò che abbiam detto della testimonianza in genere, si deve applicare tanto alla testimonianza orale, quanto alla testimonianza scritta. Qui per *testimonianza scritta* non si vuole indicare i certificati particolari estesi in iscritto, ma bensì tutti gli atti così detti *autentici*, i quali fanno sempre fede fino a che non venga concludentemente provata la loro falsità.

§ 1630. E qui nasce la distinzione fra la relazione che vien fatta dalle persone incaricate dalla pubblica autorità a riferire un dato fatto, e le relazioni che vengono fatte in iscritto da persone private spogliate dell'autorità di far fede degli atti ricevuti. Le prime relazioni si sogliono riguardare come *autentiche*, e però meritevoli di fede, fino a che non vengano convinte di falsità; le seconde per lo contrario non partoriscono la fede che possono meritare, se non vengano avanti all'autorità

(1) Giovami addurre un'altra sentenza, che per la sua stravaganza merita d'essere trascelta da tutte le altre. Era noto che un testimonio infame non poteva essere ammesso a far fede. Chi crederebbe che, allorquando trattavasi di legati lasciati al clero, questi dovessero valere, dopo avere per altro lavata l'infamia colla tortura? Questa sentenza di Baldo, adottata dal Campegio, non fu omessa dall'ex-vicario Mascardo. Ecco il testo: « Testis infamis admittitur cum tortura ad testificandum in testamento ad pias causas. » Concl. 1363. n.° 54. — Un laico onestissimo, e superiore ad ogni eccezione morale, non doveva far fede allorchè si trattava del delitto di un chierico. All'opposto allorchè si trattava di procacciar ricchezze, il testimonio anche infame diventava ammissibile.

competente ratificate a viva voce dalle persone, a nome delle quali furono redatte in iscritto.

§ 1631. Però dopo l'invenzione della scrittura nacque un genere particolare di prove, il quale non si può riguardare come deposizione testimoniale, ma come espressione fisica, o almeno surrogato di una confessione propria di un fatto esterno qualunque. Fra questi fatti comprendonsi anche i sentimenti interni di taluno, le commissioni da lui date, la manifestazione di qualche fatto proprio, e così discorrendo. Questa specie di prova si suole ricavare da uno scritto esteso *di mano propria* da taluno.

§ 1632. Ma questa prova su che si fonda? Su ciò, che la persona che stese quel dato scritto sia realmente quella stessa alla quale viene attribuito. Con ciò s' inchiude un giudizio d' *imputazione di fatto*, col quale si afferma la data persona essere autrice del dato scritto. In questa imputazione per altro s'inchiude tanto la *fisica*, quanto la *morale*. Colla prima si afferma che lo scritto sia di mano della data persona, e non di un' altra; colla *morale* poi si afferma che quello scritto fu redatto *liberamente* e *scientemente*. Senza questa doppia imputazione e senza queste circostanze la detta scrittura non si potrebbe veramente imputare nè in senso morale, nè in senso legale.

§ 1633. Restringendosi alla imputazione *fisica*, prima di tutto deve certamente constare che lo scritto fu di mano della data persona. Ora nel caso che il supposto autore negasse di esserne l' autore, e nel supposto eziandio che non esistessero testimonii ch'egli l'abbia redatto, qual è il solito mezzo che si suole adoperare per imputare lo scritto a quel dato autore? Ognuno sa che questo mezzo fu per molti e molti secoli posto nella *confrontazione* dei caratteri. Ma questo mezzo che cosa suppone? Egli suppone che la formazione di un dato carattere sia così propria di una data mano, che nessun' altra possa produrre le stesse forme. Senza di ciò la confrontazione non costituirebbe veramente prova veruna nè logica, nè morale, nè politica. La prova suppone essenzialmente l' indicazione di un dato fatto, cosicchè si escluda il dubbio del contrario. Qui dunque si deve escludere la possibilità che un' altra mano abbia estese e redatte le date linee colle identiche forme: senza di ciò non v'ha più prova.

§ 1634. Ma questa esclusione del dubbio di altre mani, autrici dello stesso scritto, è forse fondata in natura? Mai no. Se esaminiamo la *possibilità*, non troviamo verun principio di ragione, il quale escluda la possibilità di imitare perfettamente il carattere scritto di taluno. Se poi esaminiamo i fatti, troviamo pur troppo frequenti esempii di queste imi-

tazioni. Fragile adunque, dubbia e pericolosa è per sè stessa la nuda prova che risulta dalla confrontazione dei caratteri, malgrado la perfetta identità fra l'uno e l'altro scritto, vale a dire fra uno scritto indubitato di un dato autore, e lo scritto controverso che viene paragonato.

Ho parlato di esempii nei quali, malgrado la perfetta identità dei caratteri, si trovò una data persona non essere l'autore di un dato scritto. Fra molti sceglieremo quelli riportati dal Guyot nel Repertorio del sig. Merlin all'articolo *Comparaison d'écriture.*

I. Esempio.

Alcuni Canonici di Beauvais essendo stati accusati d'avere scritte lettere tendenti a turbare la pubblica tranquillità, furono arrestati e condotti al castello di Vincennes. Il sig. de la Reynie, Luogotenente generale di Polizia, e Commissario in questa parte, presentò loro le dette lettere, ch'essi riconobbero tosto di scrittura simile alla loro; ma dopo che furono ad essi lette, protestarono di non averle scritte nè punto nè poco. Infatti la loro scrittura era stata imitata; ed il colpevole essendo stato arrestato, egli subì la pena dovuta al suo delitto.

II. Esempio.

Il Cardinale di Bissy e l'Abbadessa di Iowarre ricevettero differenti lettere anonime ingiuriose. I nemici del sig. Colot, Vicario di Iowarre, fecero sospettare che questo Vicario ne fosse l'autore. Tre periti calligrafi di Meaux avendo paragonate le dette lettere anonime con vere lettere del Vicario suddetto, decisero unanimemente che erano tutte della medesima mano. Il Cardinale di Bissy non si limitò a questo giudizio, ma inviò le lettere a Parigi. Ivi altri quattro abili periti calligrafi confermarono la decisione di quelli di Meaux. In conseguenza di ciò fu pronunciato un interdetto contro il detto vicario Colot. Ma si scoprì che egli era veramente innocente, attesochè l'autore del delitto, tocco da rimorso, scoprì la frode da lui tessuta.

III. Esempio.

Il sig. Fleury, Curato di san Vittore d'Orleans, essendo stato accusato di aver fabbricata una lettera impertinente indirizzata al Duca d'Orleans, allora Reggente di Francia, e di aver voluto imputare questa lettera al Vescovo di Orleans mediante l'imitazione della segnatura di esso Vescovo, fu costruito processo sopra questo affare. Quattro periti calligrafi di Parigi furono interpellati, e riferirono che la lettera era stata

scritta dal sig. Fleury. Ma la sua innocenza fu riconosciuta, perchè si scoprì il vero autore della lettera.

Facile sarebbe moltiplicare gli esempii tratti anche dalle storie (1). In esse noi troveremmo che mediante l'imitazione dei caratteri avvennero talvolta gravissime conseguenze, fatali tanto ai privati, quanto al pubblico. Noi troveremmo impiegato questo mezzo anche per trarre taluno in insidie, e da luogo sicuro farlo portare in luoghi nei quali stavano preparati agguati e tradimenti. La mano d'un padre, d'una madre, d'un amico, d'un confidente imitate, furono talvolta rese stromenti di pericoli e di perdizioni.

§ 1635. Ma lasciando questi esempii, e ponendo mente ai processi riferiti dal detto Guyot, osservo quanto incompetente e temeraria fosse l'imputazione dei periti calligrafi dimandati in tutte queste congiunture. Secondo la verità, che cosa potevano e dovevano veramente pronunciare, fuorchè i caratteri della carta A a loro sembravano *simili* o erano certamente simili a quelli della carta B? Ecco il solo fatto sul quale essi potevano e dovevano pronunciare. Come dunque potevano essi giudicare che la *mano* che estese la carta A fosse la *medesima* di quella che estese la carta B? Forse dalla *identità* del carattere? Ma prima si doveva supporre per cosa indubitata essere impossibile che una mano diversa avesse potuto estendere una scrittura identica. Ma l'affermare questa impossibilità era forse cosa ragionevole in linea di fatto fisico o di fatto morale? Noi abbiamo dimostrato e colla ragione e cogli esempii, che ciò era per lo meno temerario. Dunque *temerario* fu il giudizio di questi periti calligrafi allorchè, oltre al pronunciare la somiglianza materiale dei caratteri, pronunciavano essere stati formati dalla stessa mano.

§ 1636. Ad ogni modo poi il loro giudizio è sempre *incompetente*, poichè egli eccede la funzione alla quale furono chiamati. Questa funzione consiste nel dichiarare se riconoscano differenza alcuna fra il documento loro presentato, e i pezzi di confronto posti loro sotto gli occhi. Oltre di questa oculare ispezione non si estende nè si può estendere la loro cognizione, perchè essi furono chiamati a questo solo oggetto, e non più. Dunque se anche si volesse far valere il giudizio de

(1) Qui mi contenterò di citare quello allegato dal Mascardo di un certo Battista, che sull'istante e speditamente imitava ogni specie di caratteri. « Memini me vidisse quemdam Baptistam de illico ita scribentem, qui » tam facile variorum hominum literarum » characteres referre et effingere solebat, ut » omnino haberetur eadem scriptura et eadem manus, et ita scribendo multas falsitates patravit, demum ad perpetuos carceres fuit damnatus. » *De probat.* Concl. 330. n.° 3.

periti calligrafi come decisivo nella loro partita (locchè nel sistema della sana convinzione non si può ammettere), ciò non ostante questo giudizio non proverebbe altro fuorchè la *materiale rassomiglianza* del carattere del documento confrontato coi pezzi di confronto prodotti; e però non proverebbe mai veruna *imputazione* di fatto anche materiale.

§ 1637. Dunque distinguansi bene fra loro i due fatti diversi della *forma simile* di un carattere, e della *redazione* del medesimo da una stessa mano. Il primo si deve considerare per sè stesso *distinto* dal secondo, e *disgiunto naturalmente* dal secondo, postochè nella possibilità naturale delle cose lo stesso effetto può derivare da due distinti autori.

§ 1638. È vero che, giusta il *consueto* modo d'agire, la perfetta imitazione suddetta non suole accadere quotidianamente; e però facendo valere questa larga considerazione, può assumersi la somiglianza del carattere come *indizio* dell'identità della mano che lo estese. Quest'indizio però diventa più o meno urgente, a proporzione del maggiore o minor concorso delle altre circostanze di fatto cospiranti a stabilire l'esistenza dello stesso oggetto. Ciò nasce appunto dalla natura stessa delle cose, le quali fra un dato carattere ed una data mano non istabiliscono una perpetua ed infallibile connessione. Queste osservazioni sono proprie di qualunque documento scritto privato, e però hanno luogo tanto negli affari civili, quanto nei criminali. Dunque universale è la logica critica su questo punto, nè abbisogna d'ulteriore dimostrazione (1).

---

(1) Il valutare l'indizio più o meno urgente che può nascere dalla confrontazione dei caratteri, è cosa assolutamente impossibile a determinarsi per via di canone generale. Qui dunque ogni savio legislatore è costretto di abbandonare la rispettiva credibilità al calcolo ragionevole del giudice, da regolarsi secondo le circostanze. Quindi nel Regolamento generale del processo civile, § 199, troviamo la seguente disposizione: « Quanta fede » possa meritare la comparazione dei carat- » teri, dovrà determinarsi secondo la qualità » delle circostanze. » Nel Codice di procedura francese esiste un canone più universale, il quale abbraccia ogni sorta di giudizii di periti, sia calligrafi, sia d'altro genere; e però colpisce anche in giudizio stesso dell'identità dei caratteri, indipendentemente dal nesso dell'imputazione. " I giudici (dice il § 323) „ non sono obbligati a seguire il parere dei „ periti, se la loro convinzione gli si oppone. » In questo sistema sì in civile che in criminale la coscienza dei giudici nel calcolare la forza delle prove non è assoggettata ad alcun vincolo speciale.

Anche nel Diritto romano, vigente ai buoni tempi, valeva lo stesso sistema. Celebre è il rescritto dell'imperatore Adriano, riportato nella legge 3. del Digesto *De testibus*. " Quae argumenta ad quem modum pro- „ banda cuique rei sufficiant, nullo certo mo- „ do satis definiri potest: sicut non semper, „ ita saepe, sine publicis monumentis cujus- „ que rei veritas deprehenditur: alias nume- „ rus testium, alias dignitas et auctoritas, alias „ veluti consentiens fama, confirmat rei, de „ quo quaeritur, fidem. Hoc ergo solum tibi „ rescribere possum summatim, non utique „ ad unam probationis speciem cognitionem „ statim alligari debere, sed EX SENTENTIA ANI-

§ 1639. Si domanderà a qual genere di prove spetti quella che viene tratta dalla confrontazione dei caratteri. Essa propriamente appartiene alla prova ed al genere delle prove così dette *sperimentali*, delle quali troviamo molti esempii sì nelle cose civili, che nelle cose criminali. Così per via di esperimenti chimici si rilevano le sostanze che possono avere influito sopra un dato danno recato alle cose od alle persone; così le visite locali per dedurre indizii di un fatto che lascia tracce dopo di sè, costituiscono prove per sè sperimentali. In queste ha luogo tanto la scoperta intiera d'un fatto, quanto gl' indizii più o meno vicini, più o meno lontani, a norma che le tracce materiali hanno una più remota o più prossima connessione col fatto connotato. Dunque l' indizio non è proprio solamente dei fatti passaggieri, i quali non lasciano alcuna traccia dopo di sè, ma può sorgere anche in quei fatti che lasciano tracce materiali del loro passato avvenimento. Riteniamo perpetuamente esistere soltanto due generi massimi di prove: la prima può dirsi *positiva*; la seconda *induttiva*. Col primo genere si presenta il fatto intiero; col secondo gli amminicoli onde tesserlo a forza d' induzione.

CAPO VIII.

Da quali cause vengano positivamente dedotti i titoli dell' inabilità dei testimonii. Quistione di diritto transitorio.

§ 1640. Coll'addurre i tre canoni fondamentali sopra riferiti, col rigettare le stravaganti ed insociali applicazioni che ne furono fatte, noi abbiamo in sostanza accennato quel meglio che dalle successive e vigenti legislazioni fu ritenuto. E qui prima di tutto conviene cogliere la distinzione fra i testimonii *inabili* ed i testimonii *viziosi*. Col nome d'*inabili* s'intendono designate quelle persone, dalle quali non si possono assumere informazioni giudiziali; sotto il nome poi di *viziosi* vengono designate quelle persone, dalle quali non è veramente vietato assumere notizie, ma che, ciò non ostante, per qualche eccezione possono riuscire sospette. A queste due classi vengono contrapposti i testimonii *superiori ad ogni eccezione*.

„ MI VUI te aestimare oportere, qui aut credas, aut parum probatum tibi opineris. „ — Nel Codice di Giustiniano trovasi una legge di questo Imperatore risguardante appunto la confrontazione delle scritture per paragonarne i caratteri. Ma si badi bene che questa riguarda soltanto i pezzi che si possono scegliere per fare il confronto, nè statuisce cosa alcuna sul giudizio sia d' imputazione, sia della certezza e convinzione dei giudici in conseguenza della confrontazione medesima. La legge di Giustiniano si trova al numero vigesimo del Codice *De fide instrumentorum*.



§ 1641. Questa divisione, ricavata dalla natura stessa delle cose, si può riguardare come perpetua e comune a tutte le legislazioni vigenti. Qui però conviene accennare per quali caratteri vengano distinti i testimonii inabili da tutti gli altri, e però è necessario conoscere per quali cause le attuali legislazioni separarono gli uni dagli altri. Ciò fatto, conviene allegare i testi rispettivi. Domando adunque, parlando delle moderne legislazioni, da quali cause furono dettati i titoli d'inabilità a fare testimonianza. — Tutto considerato, si trova che le cause d'*inabilità* si riducono principalmente alle quattro seguenti; cioè:

1.° Alla *mancanza di capacità di cognizione*, sia per difetto di *sensi*, sia per difetto d'*intelligenza*. Un cieco non può attestare di aver veduto un fatto che non può constare se non per mezzo della vista; così pure un sordo non potrà mai attestare un fatto, la cui esistenza o cognizione dovrebbe constare per mezzo dell'udito; così un bambino, o altra persona colpita d'imbecillità, o mancante di discernimento, non potrebbe attestare fatti che importino, sia discernimento, sia facoltà di esprimere ordinatamente le proprie idee.

2.° Alla *mancanza del diritto civile di rendere testimonianza*. Ciò importa la privazione di un diritto sociale, e tale privazione riducesi veramente ad una *pena*, o ad un'appendice di una condanna criminale.

3.° Ai *riguardi dovuti alle affezioni morali*, specialmente di *famiglia*. Diffatti la morale e le affezioni incorrotte naturali ripugnano che il figlio possa essere addotto come testimonio contro il padre, e viceversa; il marito contro la moglie, e viceversa; e così a proporzione che le affezioni virtuose esigono che l'ordine delle famiglie sia rispettato, come base dell'ordine e delle virtù civili.

4.° All'*incompatibilità d'interessi* circa l'oggetto sul quale viene esaminato il testimonio, in quanto il dire il vero può ripugnare o ad un suo interesse personale o ad affezioni professate. Così il patrocinatore di una causa non potrebbe venire prodotto contro del suo cliente; un erede non potrebbe essere allegato come testimonio in una causa, da cui temesse un danno od utile qualunque. Ciò che dicesi di queste persone si può stabilire in generale per tutte le altre, le quali presuntivamente possono riportare o danno o utile dall'oggetto contestato, sul quale venissero esaminate (1).

---

(1) LEGISLAZIONE CIVILE AUSTRIACA.

" Testimonii assolutamente inabili, e che „ perciò non verranno ammessi al giuramen- „ to se non dietro l'espressa adesione della „ parte contraria, sono quelli che per difetto „ di mente, o corporale, non hanno potuto „ risapere l'indubbia verità, o non possono

§ 1642. Con queste quattro cause generali ognun vede che i titoli si riducono alla *capacità di mente* e alla rispettiva *imparzialità di cuore;* dimodochè tutte le volte che esiste una legale presunzione che una persona manchi dell'uno o dell'altro requisito, essa deve essere collocata nel novero dei testimonii inabili. Ecco in sostanza a che si riducono le disposizioni positive delle tre legislazioni da noi perpetuamente esaminate. Anche nel Diritto comune dobbiamo ritenere essere questo lo spirito della legislazione in quei paesi ne' quali egli domina, e fin anche per tutte le quistioni transitorie in quei paesi dov'egli dominò.

§ 1643. E qui sorge una quistione, la quale potrebbe essere eccitata dalle cose che da noi furono premesse. Fu detto di sopra, che il titolo, l'azione e il genere delle prove sopra un dato atto debbono essere desunti dalla legislazione, sotto l'impero della quale nacque l'atto di cui

---

„ manifestarla indubitatamente, e per conseguenza anche gl'impuberi d'età inferiore „ agli anni quattordici » (§ 204).

“ Assolutamente inabili, e perciò sopra „ eccezione della parte mai ammissibili al „ giuramento, sono pure tutti quelli che sono „ stati giudicati rei d'un pubblico delitto com- „ messo per dolo (cioè per far danno ad un „ altro insciente), ovvero per desiderio di „ guadagno; eccettuati però quegli atti ai „ quali fossero stati adoperati come testimo- „ nii prima ch'essi fossero incorsi nell'inqui- „ sizione criminale » (§ 205).

“ Sono egualmente testimonii inabili, e „ sopra eccezione della parte contraria non „ ammissibili a giuramento: 1.° i consangui- „ nei in linea ascendente e discendente; 2.° il „ marito e la moglie; 3.° quelli i quali nella „ medesima causa saranno stati attualmente „ costituiti patrocinatori per la parte produ- „ cente i testimonii; 4.° quelli che abbiano „ ad aspettare un danno od utile immediato „ o mediato dal processo. — I testimonii pe- „ rò specificati in questo paragrafo potranno „ essere ammessi per supplire la prova in „ tutti i casi nei quali il provante medesimo „ sarebbe ammesso al giuramento suppleto- „ rio » (§ 206).

“ Testimonii viziosi, ma non assolutamen- „ te inabili, sono: 1.° i primi cugini o con- „ giunti di sangue anche prossimiori del pro- „ ducente in linea trasversale; 2.° gli affini „ entro il medesimo grado; 3.° i domestici „ in attuale servizio del padrone o della pa- „ drona; 4.° gli Ebrei deponenti a favore di „ un Ebreo contro un Cristiano; 5.° quelli „ che non hanno ancora compiuta l'età di di- „ ciotto anni; 6.° quelli che, compiuta l'età „ d'anni diciotto, saranno chiamati a depor- „ re fatti accaduti allorchè non erano ancora „ arrivati a questa età; 7.° quelli che vivono „ in grave inimicizia colla parte contraria; „ 8.° tutti quelli che siano stati pronunciati rei „ d'un pubblico delitto, che non sia stato „ commesso per dolo o per istudio di lucro » (§ 207).

“ Quelli che, dopo stabilita l'inquisizio- „ ne criminale per un pubblico delitto, avran- „ no provata pienamente la loro innocenza, „ saranno testimonii irrefragabili; ma qual- „ ora fossero stati assoluti e dimessi soltanto „ per difetto di prove sufficienti, saranno te- „ stimonii viziosi » (§ 208).

“ Quanta fede possa attribuirsi ad un te- „ stimonio vizioso, il giudice dovrà determi- „ narlo dopo matura ponderazione di tutte le „ circostanze. »

LEGISLAZIONE CIVILE FRANCESE.

“ Possono essere allegati a sospetto: i pa- „ renti e affini coll'una o coll'altra delle parti, „ fino al grado di cugino figlio di cugino ger- „ mano inclusivamente; i parenti e affini col „ conjuge fino allo stesso grado, se il conjuge

si disputa, e da cui si fa sorgere il diritto. Ciò posto, taluno potrebbe domandare se sotto il nome del *genere delle prove* si debbano comprendere eziandio tutte le *eccezioni* personali dei testimonii, tali e quali erano in vigore o almeno erano proclamate dalla vaga *consuetudine* vigente nel tempo anteriore alle seguite riforme.

§ 1644. A prima giunta la quistione sembra perplessa, stantechè il *genere delle prove* comprende veramente tanto l'*abilità*, quanto l'*inabilità*; tanto l'*integrità*, quanto i *difetti* dei testimonii fissati dalle leggi vigenti. Ma considerando le cose più profondamente, troviamo che devesi riconoscere come superstite alle riforme soltanto ciò ch'è conforme al *vero diritto*, e quindi ai dettami permanenti di ragione; e non ciò che, essendo opera di mere *circostanze*, riesce per sè stesso riformabile e puramente transitorio. Diffatti da che deriva il principio dei di-

---

,, è vivente, o se la parte o il testimonio ha ,, del conjuge defunto prole superstite; e nel ,, caso che il conjuge sia morto senza prole, ,, possono essere allegati come sospetti i pa- ,, renti e gli affini in linea retta, i fratelli e le ,, sorelle, i cognati e le cognate. »

" Possono essere allegati anche per sospet- ,, ti: l'erede presuntivo o il donatario; quegli ,, che avesse mangiato o bevuto colla parte e ,, a di lei spese dopo pronunciata la sentenza ,, che prescrive l'esame; quegli che ha emes- ,, so certificati sui fatti relativi alla causa, ,, non meno che i domestici od altrimenti ad- ,, detti al servizio; e finalmente colui ch'è po- ,, sto in istato di accusa, o che sarà stato con- ,, dannato ad una pena » (art. 283).

" Il testimonio allegato per sospetto sarà ,, nullameno sentito » (art. 284).

" Le persone che non avranno compiuti ,, i quindici anni possono essere sentite; salvo ,, d'avere alle loro deposizioni quel riguardo ,, che sarà di ragione » (art. 285).

" Se le eccezioni di sospetto sono ricono- ,, sciute sussistenti, la disposizione del testi- ,, monio allegato non sarà letta " (art. 291).

LEGISLAZIONE ROMANA.

Siccome qui non viene allegata se non per quei fatti i quali ebbero origine sotto l'impero delle leggi suddette, o per quei paesi nei quali si trova in vigore, così crediamo bene ommettere la menzione di quelle leggi ch'erano relative agli schiavi, che non esistono più, o a qualità che cessarono col tempo. E siccome le disposizioni del Diritto romano si trovano sparse qua e là, così le annunzieremo secondo le rispettive classi delle persone. La distinzione dei testimonii inabili e dei sospetti si trova sostanzialmente fatta dalle leggi romane. Noi dunque distingueremo queste due classi.

Testimonii inabili per vincoli di sangue.

a) I figli contro i padri, e i padri contro i figli, quand'anche i figli fossero sottratti dalla patria podestà. — Leg. *Testis idoneus* 9. Dig. *De testibus*. Leg. *Parentes* 6. Cod. *De testibus*.

b) I fratelli e le sorelle rispettivamente l'uno contro dell'altro, o in favore dell'altro. — Leg. *Lege Julia* 4. et seq. Dig. *De testibus*. Leg. *Si magnum* 13. Leg. *Si sororem* 18. Cod. *De his qui accusare non possunt*.

c) Il marito per la moglie, e viceversa. — Leg. *Pronuntiatio* 195. § 2. Dig. *De verbor. significat.* Leg. 1. § *Si vir.* 15. Dig. *De Senatusconsulto Silaniano*. Voet *ad Pandectas*, Lib. XXII. tit. 5. n.° 5.

d) L'avvocato o il patrocinatore, sia pro, sia contro il cliente negli oggetti spettanti alla causa patrocinata. — Leg. ult. Cod. *De testibus*. Anneo Roberto *Rerum judicatarum Curiae seu Senatus Parisiensis*, Lib. II. Capo XIX. Antonio Fabbro, Cod. Lib. IV. titolo 15. Def. 19.

ritti irrevocabilmente quesiti, e il divieto di far retroagire le leggi? Forsechè questo principio deriva da un fondamento arbitrario e mutabile, o non piuttosto da un fondamento certo, equo ed immutabile? Dunque se nelle eccezioni dei testimonii se ne trovino alcune le quali non erano partorite che da circostanze accidentali, da passioni arbitrarie, da privilegi usurpativi, e da altre simili cagioni, noi dovremo necessariamente concludere che queste cessarono coll'azione della nuova riforma. Dunque, posto il principio che la prova testimoniale debba essere ammessa, si deve ritenere che le *arbitrarie eccezioni* essendo cessate, non se ne può oggi tener conto, come si avrebbe fatto per lo passato.

§ 1645. Adunque il canone, in forza del quale si ammette o l'uno o l'altro genere di prove, non deve essere spinto al segno di considerare come tuttavia esistenti le mal intese ed inopportune eccezioni un tempo autorizzate; ma al contrario si deve far valere l'unico principio generale, pel quale, posta la capacità di mente e l'imparzialità di cuore, la testimonianza si deve riguardare come non sospetta. Viceversa poi allorquando esista qualche *difetto* sì dal canto della cognizione, che dal canto dell'imparzialità, questi debbono rendere più o meno sospetta la fede della persona affetta dall'uno o dall'altro vizio. Male adunque si apporrebbe quel patrocinatore che volesse oggi far valere (in causa avente origine da un tempo nel quale vigeva il Diritto canonico, o altro simile), volesse, dissi, far valere le eccezioni lungamente annoverate dal Mascardo, e delle quali abbiamo sopra prodotto un breve saggio. L'unica quistione che oggi rimane ai difensori è quella, se un dato genere più che un altro possa essere ammissibile in tutti que'casi nei quali la legislazione vigente si trova *discordare* dalle antecedenti. Ma questa quistione omai non si può più agitare dopo le cose dimostrate nel Capo II. di questo Libro. Dunque resta a soggiungere, doversi bensì valere del genere di prove autorizzato dalle anteriori legislazioni, ma non potersi esattamente valere di tutte quelle *eccezioni* che appariscono dettate non dal principio della mancanza di cognizione o d'imparzialità, ma unicamente da rapporti di pura circostanza, o da errori invalsi, e protetti da una cattiva ordinazione sociale.

CAPO IX.

Riassunto delle sanzioni fondamentali delle prove in materia della condotta delle acque. Parallelo fra i sistemi della convinzione naturale e della legale, proprie delle legislazioni contemplate.

§ 1646. Preparata la mente colle regole e coi principii sovra esposti, stringiamo le nostre ricerche alla materia dell'acquedotto. Parlando della sanzione delle prove legittime, quali sono le quistioni che si presentano? Eccole.

I. Quali *generi* di prove sono ammessi dalle leggi nelle controversie circa la condotta delle acque?

II. Si può forse *usare* indistintamente e sempre delle varie specie di prove autorizzate?

III. Quale *valore* si deve attribuire ai varii generi di prove autorizzati dalle tre legislazioni esaminate?

§ 1647. Alla prima domanda si può rispondere *in generale*, che nelle controversie circa la condotta delle acque tutti i generi possibili di prove sono ammissibili. Noi qui consideriamo la massa delle controversie nella loro totalità, e senza distinzione. Dunque la proposizione sta, quand'anche certi oggetti non ammettessero che un dato genere di prove, e certi altri gli ammettessero tutti. Basta che nel complesso delle controversie non sia dalle leggi esclusa veruna specie possibile di prove, onde affermare in generale che tutte sono ammissibili.

§ 1648. Alla seconda quistione, nella quale si tratta di sapere se si possa usare indistintamente ogni specie naturale, rispondo con distinzione. O parliamo del Diritto romano ed austriaco, o parliamo del francese. Se dei primi, dobbiamo dire non esistere vincolo alcuno che obblighi a provare qualunque atto e qualunque contratto risguardante le acque con un mezzo determinato di prove. Se poi parliamo del Diritto francese, troviamo che lo *stabilimento* delle servitù continue non apparenti, e delle discontinue sia apparenti, sia non apparenti, non può mai essere provato con semplici testimonii, ma lo deve essere con documento scritto autentico. Dico lo *stabilimento*, e non le altre cose che possono cadere sulla *effezione*, sulla *conservazione* e sull'*uso* di sì fatte servitù. Sarebbe assurdo volere che si facesse constare per iscrittura *convenzionale* di atti non convenzionali, o altrimenti contravvenienti alle convenzioni.

§ 1649. E qui circa lo stabilimento delle servitù *continue apparenti* conviene notare quanto segue. Dalla disposizione della legge questa specie di servitù non fu assoggettata al vincolo della *prova scritta*. Ma dobbiamo dir forse che questa libertà sia indefinita? Dobbiamo dir forse che *qualunque stabilimento* d'un servigio *apparente continuo* si possa indistintamente far constare, sia per iscrittura convenzionale, sia per testimonii? Supponiamo che si disputasse dello stabilimento, non in via di *possesso*, ma in via di *convenzione*, d'una condotta apparente e continua d'acqua: credete voi che sotto l'impero del Codice Napoleone si potrebbe far constare di questo *convenzionale* stabilimento per mezzo di soli testimonii? — A questa domanda pare che si debba rispondere con distinzione. O il valore della servitù suddetta eccede i 150 franchi, o no. Se eccede, dobbiamo dire che lo stabilimento convenzionale di siffatta servitù non potrà essere certificato colla prova *testimoniale*, ma dovrà essere provato coi mezzi che furono stabiliti per quegli oggetti che eccedono il detto valore (1). Se poi non eccedesse, in tal caso pare che potrebbe essere provato col mezzo di testimonii. Ma in pratica non è possibile figurare una servitù *apparente continua* di acquedotto d'un valore che stia al di sotto di 150 franchi. Dunque nel caso che si voglia provare il titolo convenzionale d'una servitù continua ed apparente di acquedotto, sia principalmente, sia sussidiariamente, non si potrà sotto il Codice Napoleone farne constare per soli testimonii.

§ 1650. Alla terza domanda, nella quale si tratta di sapere quale *valore* si debba attribuire ai varii generi di prove autorizzati dalle tre legislazioni, conviene del pari rispondere con distinzione. O parliamo della legislazione romana e francese, nelle quali la pubblicità dei giudizii serviva di complemento e di guarentigia; e in questo caso vale il sistema del calcolo naturale delle prove: *ex animi tui sententia*. O parliamo dell'altro sistema, nel quale si usano i referati privati fuori degli occhi del pubblico e delle parti; e in questo caso conviene dare alle rispettive prove il valore speciale indicato dalle leggi. Questo è un correttivo necessario nel metodo d'informare e giudicare a porte chiuse.

(1) " Deve essere fatto istromento avanti „ notajo, o scrittura privata, sopra qualunque „ cosa la quale ecceda la somma od il valore „ di centocinquanta lire (150), come anche „ pei depositi volontarii; e non è ammessa „ veruna prova per mezzo di testimonii tanto „ contro che in aggiunta al contenuto ne„ gli atti, nè sopra ciò che si allegasse essere „ stato detto avanti, contemporaneamente o „ posteriormente agli atti medesimi, ancor„ chè si trattasse di una somma o di un va„ lore minori di centocinquanta lire. "

" Resta però in vigore quanto è prescritto „ nelle leggi relative al commercio. " (Articolo 1341 del Codice Napoleone.)

§ 1651. Fra i due sistemi però havvi un punto, sul quale convengono entrambi. Questo punto è la parte *negativa* della credibilità. Mi spiego. Tanto nel sistema della convinzione *naturale*, quanto in quello della convinzione *legale*, i giudici non possono tener conto di altre prove, fuorchè di quelle che furono prodotte negli atti, nè possono ammettere quelle che ne furono escluse. Più ancora: quanto al modo ossia alle *forme* onde presentare e distendere queste prove, non si possono dispensare dalle forme prescritte dalle leggi, semprechè tali forme siano state comandate sotto pena di nullità. Poste queste condizioni, si vede quanto il sistema della *naturale guarentita* convinzione, quanto quello della *legale privata* differiscano da quello che un tempo volgarmente appellavasi *ex informata conscientia*. Diffatti in questo si teneva conto anche di notizie *estranee* alle cose allegate e provate in processo. In esso non v'era guarentigia alcuna nè dal canto della pubblicità, nè dal canto dei canoni di convinzione positiva. Molto meno poi si aveva riguardo a certe *forme* salutari e cautelate per assicurarsi della verità.

§ 1652. Ora veggiamo in che il sistema della convinzione *naturale* differisca da quello della *legale*. Nella naturale il legislatore può bensì dire che un tal mezzo di prova *non* potrà produrre convinzione; ma non dirà mai che posti, per esempio, i tali e tali dati, il giudice *dovrà* pronunciare dell'esistenza positiva dell'atto. In quel sistema si può in generale stabilire la convinzione *negativa*, ma non si può mai stabilire la *positiva*. All'opposto nella convinzione *legale* il legislatore prescrive che, posto il concorso di tali deposizioni concordi, si dovrà pronunziare il fatto o la circostanza essere provata. Mancando poi tale concorso, la prova non sarà concludente. In questo sistema ognun vede stabilirsi almeno in massima parte la convinzione *positiva*, ed alligarsi a dati mezzi di prova. Questo sistema differisce appunto in ciò da quello della convinzione *naturale*.

Taluni censurano questo sistema, senza intendere che non potrebbe essere mutato senza sostituire un'altra guarentigia ai vincoli ai quali fu legata la convinzione. Essi non intendono che colla nuda abolizione di questi vincoli renderebbero pessimo il sistema, e lo deteriorerebbero a quel massimo grado che si può imaginare.

§ 1653. Venendo alla risposta categorica alla terza domanda, dico che nell'attuale legislazione vale il sistema della convinzione *legale*, tranne que'casi i quali furono eccettuati dalle leggi. Nella francese vale quello della *naturale*, ben inteso che la pubblicità non venga mai dimenticata. In forza di questa maniera ognuno sente che la prova stessa

testimoniale doveva ritrarre, dal *modo* medesimo col quale veniva assunta, un grado di fiducia diverso da quello che naturalmente viene inspirato da deposizioni secrete fatte fuori degli occhi delle parti interessate, e senza la presenza del pubblico. Questa differenza è annessa alla natura stessa delle cose.

§ 1654. E qui si presenta una quistione che potrebbe riguardarsi importante e generale. Sopra fu osservato che il genere delle prove forma parte del diritto anteriormente quesito dalle parti. Questo genere non è altro che un dato *mezzo*. Ora questo mezzo in tanto è valutabile, in quanto produce l'*effetto* di far fede o in tutto o in parte, o per sè o in compagnia. Quest'effetto viene contemplato e determinato in vista delle leggi vigenti. Ma queste leggi vigenti dal canto loro giudicarono che tali mezzi non valessero se non che usati in una *data maniera*. Ora se nel sistema della convinzione *naturale* la deposizione d'un solo testimonio, circondata da un complesso di altre circostanze, poteva riuscire concludente, essendo ricevuta in una data maniera, che cosa ne segue pel diritto delle parti? Ne segue, che vivendo sotto quella legislazione, non era necessario munirsi sempre di più testimonianze per far valere un giorno il proprio diritto. Ne segue di più, che la sicurezza delle private ragioni, in caso di controversia, dipendeva dal *genere* e dal *modo* delle prove, in guisa che non si potevano separare senza detrimento.

§ 1655. Posto tutto questo, quale sarebbe il corollario pratico pei giudizii civili in quegli oggetti nei quali la prova testimoniale era ammissibile? — Ognuno risponderà che i giudici hanno diritto di pronunciare colle massime della convinzione *naturale*, semprechè le parti godano della guarentigia delle disposizioni stabilite dalle leggi, sotto le quali nacque l'atto.

Ma questa conseguenza viene forse autorizzata da regolamenti transitorii? Ecco ciò che non possiamo dire. Dunque che cosa resta? Io no'l saprei dire. Per me la quistione proposta in vista delle cose stabilite e praticate diventa insolubile, e viene rimessa alla provvidenza dell'autorità suprema.

§ 1656. Io non abbisogno di provare specialmente le cose esposte in questo paragrafo, stantechè le prove positive sì di ragione che di autorità furono premesse antecedentemente. Qui non ho inteso di rappresentare fuorchè i corollarii che ne derivavano, e di presentarli nel loro più ristretto e semplice aspetto. In materia di prove l'argomento della condotta dell'acqua non può somministrare altre particolarità, se non quelle che furono espressamente stabilite dalla legge positiva. Io ho pre-

sentato e ripetuto più volte queste eccezioni, comuni per altro alle diverse qualificazioni delle servitù prediali. Nel rimanente basta cogliere lo spirito generale della teoria delle prove, senza diffondersi in ispeciali specificazioni. Io non presento un trattato generale delle prove giudiziarie; ma altro non debbo ricordare fuorchè i principii eminenti, per applicarli con cognizione di causa al presente Trattato. Quanto poi alla maniera di presentare e di far succedere queste prove, debbo rimettermi alle ordinarie procedure, nè impinguare questo lavoro colle forme positive delle giudiziarie trafile. Questa materialità viene da me abbandonata alle pratiche dello stile del Foro, delle quali ogni forense impara facilmente la maniera. Ciò che importa è di disingannare la moltitudine sopra certe opinioni indotte dall'ignoranza, e fomentate dalla ordinaria pigrizia in tutti quei patrocinatori i quali frequentano il Foro per solo mestiere. Anche la procedura viene diretta da certi principii di ragione, poichè essa si propone per primo oggetto d'informare i giudici della verità delle cose. Speditezza e sicurezza sono le condizioni che formarono sempre il voto di tutti gli ordinatori delle procedure giudiziarie. A queste viste succede la diminuzione delle spese, specialmente là dove le spese sono a carico dei particolari litiganti. Pertanto gli studiosi ed i patrocinatori debbono porre ogni cura onde evitare le protrazioni ed il dispendio delle rispettive parti, e pensare che con una franca coscienza e con un bene pronunciato sentimento provveggono all'interesse proprio e delle parti assai meglio che con consulti di mala fede e con improbe stiracchiature. Un'esperienza costante m'ha illuminato ed assicurato sopra di ciò; talchè onore, lucro e buona fama formeranno sempre la ricompensa d'un patrocinatore leale, zelante e spedito.

SEZIONE II.

Delle cauzioni dei giudizii, e delle discipline della forza esecutiva in materia di acquedotto.

CAPO X.

Idea precisa delle cauzioni dei giudizii. A quali sommi capi si possano ridurre.

§ 1657. Altro è l'ORDINE dei giudizii, ed altro sono le CAUZIONI dei medesimi. Benchè le cauzioni entrino a sussidiare l'ordine e ad assicurarne l'esecuzione, ciò non ostante esse si distinguono dall'ordine

tutto, come i ripari, le custodie si distinguono da un totale edificio, o da un lavoro o fabbrica qualunque. Proposto uno scopo, ognuno figura a primo tratto i rispettivi mezzi d'esecuzione, fatta astrazione se in atto pratico possano sorgere ostacoli o pericoli valevoli a disturbare il conseguimento dello scopo medesimo. Quando più mezzi sì diretti che subordinati debbano cospirare al conseguimento di questo scopo, sorge l'idea complessiva della loro COSPIRAZIONE a questo intento. Ecco allora l'ORDINE puro determinato da tale primitiva considerazione. Ma fissata quest'idea, e compiuto tutto il piano progettato, può sorgere una seconda considerazione risguardante gli *ostacoli* o i *pericoli* nella esecuzione di quei mezzi. Allora conviene pensare a prevenire l'avvenimento di questi ostacoli, o l'incontro di quei pericoli. La *funzione* subalterna, colla quale si provvede all'una o all'altra emergenza, costituisce appunto la CAUZIONE dell'ordine progettato. Da ciò ognuno intende la distinzione fra l'ordine dei giudizii e le cauzioni dei giudizii.

§ 1658. Nell'ordine dei giudizii, benchè si abbia per iscopo di comporre e finire le controversie con verità, giustizia, speditezza e sicurezza; ciò nonostante, quanto alla maniera, conviene variare secondo la natura degli affari. Lo scopo è lo stesso; ma il modo di esecuzione, secondo i diversi affari, può, anzi deve modificarsi per ottenere appunto lo stesso intento. Qui il maggiore interesse comune o sociale deve prevalere ad una non illuminata uniformità. Un esempio perpetuo e solenne nelle assai incivilite società lo abbiamo nelle procedure mercantili. In esse infatti per un grande interesse comune fu trovato necessario discostarsi dalle forme più lente e solenni dei giudizii ordinarii, senza che ciò nocesse punto alla vera sicurezza e giustizia dei giudicati. Ciò da una parte derivò specialmente dalla forma originale colla quale si sogliono celebrare gli atti commerciali; dall'altra parte dai danni gravissimi che ne risentirebbe tutto l'andamento degli affari, se la procedura dovesse seguire il lento movimento delle stabili proprietà. Ciò è annesso alla natura stessa degli atti commerciali, nei quali il tempo apporta naturalmente sommi beneficii e sommi danni, com'è noto ad ognuno.

§ 1659. La materia delle acque può talvolta rivestire le medesime affezioni delle cose mercantili, come riveste le affezioni del commercio delle stabili proprietà. Diffatti fino a che consideriamo una corrente, sia serpeggiante nel suolo, sia caduta dal cielo, come semplice oggetto accessorio alle stabili nostre proprietà, noi non ravvisiamo altro che una condizione dei nostri terreni, onde allontanare il nocumento di un'acqua corrente, od approfittare d'un rustico servigio per abbeverare uo-

mini o bestie, o per usarne sui nostri terreni. Ma allorchè passiamo a considerare una fonte o corrente come una *merce* commerciabile da dispensarsi a più utenti; molto più poi allorchè consideriamo che la dispensa delle acque fatta in certo tempo riesce decisiva pei nostri raccolti, sia di fieni o biade, sia di riso, sia per movere edificii di varia industria; siamo costretti, abbandonando le grette idee d'una nascente agricoltura, a gettarci in tutta la sfera industriale-commerciale. Allora si fanno sentire i motivi di altre provvidenze adatte ad una più incivilita società; allora del pari per quello stesso motivo pel quale fummo costretti ad agevolare le procedure mercantili, ci veggiamo obbligati a modificare pur anche le procedure, se non di tutte, almeno di parte delle controversie dell'acque. Se non siamo giunti a quest' ultimo punto, almeno pare conveniente che dovremo giungervi un giorno. Quindi le grandi e complicate dispense sì delle acque irrigatorie, che di quelle che servono all'industria, formeranno forse un giorno l'oggetto d'una speciale procedura. Questa riforma non sarà senza esempio. Io posso citarne uno dovuto alle instituzioni degli Arabi, i quali nel medio evo fondarono una specie di Giurì per consorzii di acque irrigatorie nella Provincia di Valenza in Ispagna. Se dobbiamo prestar fede alle relazioni del sig. Jaubert de Passa (1), dovremmo credere alla succinta seguente esposizione.

Il Tribunale detto in Ispagna *des acequieros* nella provincia di Valenza è incaricato della polizia dei canali e delle irrigazioni nel circondario della città stessa di Valenza. Egli pronuncia sulle contestazioni risguardanti la distribuzione delle acque, e reprime i delitti che accadono in un paese nel quale l'acqua è talvolta più preziosa e più cara del vino. Questa istituzione creata dagli Arabi, e conservata sino ai giorni nostri, può essere modello della giudicatura per Giurì.

Il Tribunale tiene le sue udienze ogni giovedì nell'atrio e sotto la porta principale della chiesa metropolitana della città, senza che intervenga verun apparecchio militare, verun usciere, nè avvocato di sorta alcuna. Una semplice guardia del canale, cui dimandano *custode delle acque*, denunzia il delitto, e adempie le funzioni del pubblico Ministero. Il sindaco del canale, rispetto al quale fu commesso il delitto, riceve la

(1) *Voyage d'Espagne dans les années* 1816. 1817. 1818. 1819, *ou Recherches sur les arrosages, sur les lois et coutumes qui les régissent, sur les lois demaniales et municipales considérées comme un puissant moyen de perfectionner l'agriculture francaise, par M. Jaubert de Passa, précédé du Rapport fait a la Société Royale et Centrale d'Agriculture.* — Paris 1823. Deux volumes en 8.° avec six cartes. M. Muzard, rue de l'Eperon, n.° 7. Prix 15 franc.

querela, e chiama i giudici che debbono giudicare la causa. Questi giudici vengono presi tra la folla degli assistenti all'udienza, ben inteso che devono essere fra gli utenti ossia consorti dell'*acequia*, o del canale di derivazione. In poche parole i giudici vengono presi fra i consorti utenti del dato canale. Chiamati, essi vanno a sedere su banchi preparati, i quali devono essere somministrati dal Capitolo della chiesa. Niuno degli utenti, fosse pur anche un grande di prima classe, si può sottrarre nè da queste funzioni, nè da questi giudizii.

Aperta la seduta, l'uditorio osserva un religioso silenzio. Il sindaco dirige la procedura, ma non dà voto; invece i giudici deliberano soli, e il sindaco pronuncia la loro sentenza. Tutto ciò si fa sempre in presenza dell'accusato, al quale viene lasciata tutta la latitudine necessaria per la sua difesa.

S'egli è condannato, saluta rispettosamente i suoi giudici, e subisce la pena senza proferire alcuna querela. Egli si guarda bene dall'offendere la dignità di un tribunale, nel quale un'altra volta egli stesso può sedere in qualità di giudice.

Le sentenze pronunciate da questo tribunale vengono, se fa d'uopo, assistite dalla pubblica forza. L'uomo titolato, il grande avente diritti giurisdizionali, non possono declinare la giurisdizione degli *acequieros;* e se lo tentassero, sarebbero costretti dalla forza pubblica a sottomettervisi.

Le forme qui accennate pei giudizii criminali sono osservate anche per giudicare le contestazioni civili sulle dette acque. I giudici vengono scelti, e giudicano nella stessa maniera.

§ 1660. Da questa esposizione ognuno vede che i rispettivi consorzii vengono effettivamente costituiti in altrettanti arbitri necessarii, alla giurisdizione dei quali ogni socio deve sottoporre tanto le sue contestazioni civili, quanto le querele per *vie di fatto*, o per altre contravvenzioni risguardanti l'uso delle acque. Così i tribunali ordinarii rimangono dispensati dall'occuparsi di questi singolari affari, i quali si finiscono nel seno stesso dei consorzii. Così una procedura fiduciale, pubblica e spedita pone fine a queste contestazioni, ed assicura nello stesso tempo l'interesse e la dignità di ognuno.

§ 1661. Convien dire che nella esecuzione questa instituzione sia soddisfacente, attesochè dopo il corso di tanti secoli dura ancora nella sua integrità. Questa durata forma una grande presunzione della sua eccellenza, avvegnachè a tutti è noto che qualunque instituzione non analoga al pareggiamento dell'utilità e della giustizia non può altrimenti



durare. In un' Opera, nella quale si tratta della ragione delle acque, questa notizia, almeno in linea storica, può giovare per dimostrare che se una parte almeno dell' economia delle acque irrigatorie fosse trattata ad uso delle cose commerciali, si adotterebbe un metodo che non isconcerterebbe punto nè l' interesse delle parti, nè i doveri della giustizia.

§ 1662. A quali sommi capi si possono ridurre le cauzioni dei giudizii nelle contese delle acque? Tutto considerato, parmi si possano ridurre alle quattro principali rubriche seguenti; cioè:

I. Reciproca comunicazione delle ragioni dell' attore, e delle risposte o riconvenzioni del reo convenuto, unitamente a tutte le prove che servono di appoggio. Sussidiariamente poi le *restituzioni in intiero* per ogni accidente o mancanza non imputabile.

II. Divieto degli attentati pendente lite, rispettiva purgazione degli attentati medesimi, e ripristinazione delle cose nello stato antecedente, con risarcimento dei danni e delle spese.

III. Inventarii, descrizioni, misure, avocazioni di possesso, sequestri, ed altre provvidenze conservatorie, sì per la sicurezza degli oggetti contestati, che per la tranquillità delle parti contendenti.

IV. Interdetto di giudicare o di dar voto nelle cause per parte dei giudici singolari, o dei membri di un tribunale, tutte le volte che esista presunzione legittima di parzialità per alcuna delle parti contendenti.

§ 1663. A questi sommi quattro capi si possono ridurre tutte le cauzioni dei giudizii risguardanti gli affari contenziosi in materia di acque. Veramente non havvi nulla di speciale, poichè queste cauzioni sono comuni ad ogni specie di giudizii, segnatamente a quelli nei quali occorre disputare anche del possesso, sia provvisorio, sia definitivo, dell' oggetto contestato. Siccome però io non debbo tessere un formale trattato di procedura, così ci dovremo contentare di accennare per sommi capi i principii di ragione e di autorità stabiliti dalle tre legislazioni, cui ci proponemmo di esaminare. Io credo di dover parlare in una maniera distinta delle discipline della forza esecutiva, sì perchè questa è materia poco suscettibile di teoria filosofica e giuridica; sì perchè trattasi di mera esecuzione disciplinare, che viene intesa colla sola lettura dei regolamenti positivi; e sì finalmente perchè nelle contese di acquedotto queste discipline non presentano nulla di speciale che meriti interpretazione. Diremo adunque in generale, che la forza pubblica non interviene che nei casi ne' quali la forza privata non si presti agli ordini pubblici emanati sia in generale, sia in particolare.

CAPO XI.

Prima cauzione. Parità di trattamento fra i litiganti. Restituzione in intiero per cause accidentali non imputabili.

§ 1664. Al diritto di privata violenza, proprio d'uno stato di non civile società, sottentrò quello dei giudizii regolari avanti l'autorità costituita. Quest' autorità costituita sono i tribunali giudiziarii, i quali si possono risguardare come gli arbitri consensualmente eletti dalla comunanza civile onde por fine con cognizione di verità, e colle norme stabilite dalle leggi, alle rispettive contestazioni. Attore, reo convenuto e giudice sono le persone essenziali costituenti ogni giudizio. E siccome si vuole la verità e la giustizia, così si esige la più accertata informazione dei fatti dai quali derivano le pretese, e dei diritti che possono competere alle parti. Ma questa verità non si può presumere essere affermata nè dall'attore, nè dal reo, poichè il loro personale interesse tende a travisare i fatti a norma delle rispettive pretese. Dunque ne viene la necessaria conseguenza, che tutte le asserzioni e tutti i mezzi di prova debbono essere reciprocamente comunicati ad oggetto di sentire la contraddizione della parte contraria, e di non ammettere se non ciò che viene o espressamente confessato, o concludentemente comprovato. Più ancora: i termini di tempo, le intimazioni, le provvidenze essendo dettate dal principio, che ognuno possa difendere e far valere il proprio diritto, ne viene che fra i litiganti non vi deve essere *parzialità*, ma per lo contrario dee valere la massima, che ciò che non è permesso all' uno, non sia permesso nemmeno all'altro; e ciò che all'uno si concede, debba essere conceduto anche all'altro.

§ 1665. Questa parità di trattamento non è che un'applicazione della regola fondamentale di tutta la ragione civile di pareggiare fra i privati l'utilità mediante l' inviolato esercizio della comune libertà. Questa parità di trattamento venne da Ulpiano espressa colle note parole: « Non » debet actori licere quod reo non permittitur » (1).

Si noti bene la frase di *parità di trattamento*. Qui si parla delle funzioni della lite, nella quale si tratta di scoprire il vero, e di difendere il giusto, da qualunque parte stia la ragione. Diffatti prima della sentenza il giudice non può sapere chi abbia ragione, o chi abbia torto.

(1) Leg. 41. Dig. *De reg. juris.*

Dunque deve per necessità dare tutto l'adito alle più giuste informazioni, ed agevolare le più libere difese.

Se dunque Gajo o Cajo ha lasciata scritta l'altra regola, che *favorabiliores rei potius quam actores habentur* (1), egli non ha voluto intendere che il trattamento de' rei convenuti debba essere più favorevole di quello degli attori; ma unicamente che, venendo a conflitto un reo (assistito da una fondamentale presunzione di pubblica sicurezza, come a suo luogo fu dimostrato) colle domande di un attore, nè constando che la sua domanda sia pienamente comprovata, si deve sempre favorire il reo convenuto, assolvendolo dalla molestia intentata contro di lui. In breve, la regola non risguarda nè la facoltà di *produrre* le rispettive ragioni, nè la debita protezione dei litiganti; ma risguarda soltanto le decisioni. Di ciò si parlerà più sotto.

§ 1666. La regola della *parità di trattamento*, congiunta alla più ampia *facoltà di produrre* le rispettive ragioni e di comunicarsele a vicenda, dimodochè il giudice sia informato clandestinamente, ma colla cognizione di ambe le parti, produce la SICUREZZA giuridica delle procedure in relazione alla DISCUSSIONE. Pertanto ogni eccezione che si volesse introdurre o tollerare, porterebbe necessariamente alla *iniquità*, perchè *non equo* o *iniquo* sarebbe tutto ciò che offendesse l'eguale condizione delle parti litiganti nella informazione.

§ 1667. Ma dall'altra parte importa sommamente che le contese siano finite al più presto. La SPEDITEZZA è un secondo scopo, ossia una qualità essenziale delle buone procedure. Ma qui il legislatore trova due interessi contrarii da conciliare. Chi domanda con giustizia, ha fretta di ottenere la sentenza; chi ricusa con mala fede o con impotenza, ha tutto l'interesse di evitarla, o almeno di ritardarla. Parimente chi assale per defatigare, ha tutta la mira di prolungare la lite; chi si difende per liberarsi da molestia, ha tutta la mira di liberarsi al più presto. In questo conflitto d'interessi è necessario l'intervento diretto della pubblica autorità, per dare alla procedura il conveniente corso spedito.

§ 1668. Ecco lo stabilimento delle rispettive ALLEGAZIONI, e dei TERMINI di tempo, entro i quali si debbono produrre. Un certo limite era necessario; senza di che sarebbe riuscito illusorio lo stabilimento dei tribunali. Ma lo stabilimento del numero delle allegazioni, e del tempo a produrle, è per necessità subordinato alla piena, equa e libera *discussione*. Dunque questa non deve essere sagrificata alla speditezza. Jugu-

---

(1) Leg. 125. Dig. *De Reg. juris.*

latorio, iniquo, e distruttivo d'ogni giustizia, sarebbe dunque quel sistema, nel quale si volessero stabilire le allegazioni e i termini così *irrevocabili* o così *immutabili*, che in onta dei *necessarii impedimenti*, o di cause *non imputabili* ad una parte litigante, essa fosse privata della facoltà di potere più aprir bocca. Allora la giustizia pubblica diverrebbe una crudele derisione; allora, invece di proteggere, essa opprimerebbe; invece di difendere, spoglierebbe; invece di servire alla tutela sociale, essa la sacrificherebbe. Dunque che cosa rimane a fare? *Abilitare* il mancante incolpabile a dire e a fare ciò che non potè, sia per proprio impedimento personale, sia per negligenza, collusione o prevaricazione del suo patrocinatore. In questa abilitazione consiste appunto quella che chiamasi RESTITUZIONE IN INTIERO. Per essa il litigante viene disposto o, a dir meglio, abilitato a fare o a dire oltre il termine trascorso, o dopo l'allegazione a lui ingiunta dalla legge, ciò che doveva o aveva diritto di fare o dire dentro un dato termine, e nello stadio determinato della procedura.

§ 1669. La *ragione* per istabilire ed accordare la restituzione in intiero, quale sopra fu esposta, fu appunto quella che mosse tutte le eque legislazioni a stabilire così fatto rimedio. Siccome però questo non è che *sussidiario*, e se ne poteva facilmente abusare a fine di protrarre soverchiamente le liti; così fu necessario stabilire le *cause* per le quali si doveva accordare la rispettiva restituzione in intiero, di cui qui parliamo. Tali cause per altro si riducono ad una sola; e questa è una *incolpabile mancanza* ad adempiere le funzioni giudiziarie imposte dal legislatore, sia quanto al tempo, sia quanto al luogo, sia quanto alle forme. Esaminando le tre legislazioni prese di mira in quest' Opera, noi troviamo che a tale causa appunto si riduce il titolo onde impetrare la restituzione in intiero, sia in prima, sia in seconda Istanza. Questa prima cauzione dei giudizii appartiene ad ogni parte del processo in modo, che non si può restringere ad una parte particolare del medesimo. Anzi la cosa può accadere fin dopo la sentenza, poichè si può accordare la restituzione in intiero anche contra il lasso del tempo nel quale si presume una sentenza essere passata in cosa giudicata. Ciò deve aver luogo tutte le volte che si verifichi una *incolpabile* mancanza della persona, contro la quale si vuole far correre la cosa stessa giudicata. Tutto ciò che senza colpa della parte può recarle un vero nocumento deve essere rivocato, quando la parte stessa faccia constare della causa della sua impotenza, o della incolpabile sua ignoranza. Più ancora: allorchè la legge stabilisca che certi atti giudiziarii devono essere eseguiti da patrocinatori

approvati, deve pure stabilire che la parte lesa per colpa di questo patrocinatore debba essere rimessa contro il mal operato di chi dee necessariamente rappresentarla. Senza di ciò la legge avrebbe stabilito un vincolo alla libera difesa, senza rimediare ai mali che questo vincolo può apportare al legittimo interesse della parte, che dovette valersi di un patrocinatore invece di difendersi da sè medesima.

CAPO XII.

Seconda cauzione. Divieto degli attentati, e rispettiva purgazione e risarcimento.

§ 1670. La seconda cauzione dei giudizii fu detto consistere nel divieto degli ATTENTATI *pendente lite*, e nella rispettiva purgazione dei medesimi, ripristinando le cose nello stato antecedente, con risarcimento al caso dei danni e delle spese a colui che ne dovette riportare nocumento. Qui si domanderà che cosa si debba intendere sotto il nome di *attentato*. Questa parola, usata dai vecchi prammatici (per altro contro l'indole della lingua latina, come giustamente osservò il Voet), allorchè si parla del fatto d'uno dei litiganti significa = lo spoglio d'un possesso manutenibile almeno provvisoriamente, ch'era ritenuto da taluno nel tempo che cominciò una lite; il quale spoglio sia praticato dall'avversario per propria autorità privata sulla cosa litigiosa pendente la lite, sia in prima, sia in ulteriore Istanza. =

§ 1671. In primo luogo è da osservarsi, che qui si parla degli attentati soltanto per *parte dei litiganti*. Con ciò si escludono gli eccessi di potere, o gli atti arbitrarii per parte del giudice, i quali a buona ragione si debbono considerare anch'essi come altrettanti attentati. Diffatti l'oggetto violato è l'ordine della *giustizia pubblica*, oltre il danno che viene recato a chi soffre lo spoglio praticato.

§ 1672. In secondo luogo è da osservarsi che parlasi d'uno spoglio di possesso *pendente lite*. Con questa qualificazione si vuole dinotare la distinzione fra gli attentati propriamente intesi dai prammatici, e le semplici *vie di fatto*, denominate anche *turbazioni di possesso*. Infatti tali turbazioni fatte su cose non litigiose non vengono appellate col nome di *attentati*, ma col semplice nome di *vie di fatto* o di *turbazioni illecite*. Questa differenza è importante. Una *via di fatto* non è che delitto privato; un attentato è delitto pubblico. Dunque se, pendente la lite, lo spoglio cadesse sopra un altro oggetto materiale, allora non si verifiche-

rebbe più l'*attentato*, ma la semplice *via di fatto*, la quale potrebbe dare occasione ad una lite separata.

§ 1673. In terzo luogo si parla di spoglio di possesso. Dunque la querela non può aver luogo nei giudizii in chi domanda sia l'*acquisto*, sia la *ricupera* (*adipiscendae*, *recuperandae*), ma unicamente a chi compete la *manutenzione*. Ciò consta dalla natura stessa delle idee, ossia del fatto supposto. Diffatti si suppone che il querelante al principio della lite fosse possessore, e lo fosse in una maniera *manutenibile*, e che quindi per privata autorità sia stato spogliato.

§ 1674. È per altro da osservarsi, che in ogni specie di giudizii si può commettere l'attentato. Si tratta forse di acquistare? L'attentato è commesso, se il pretendente si fa giustizia di propria mano, pendente la lite. Lo stesso dicasi se si tratti di ricuperare un possesso. Ogni privata violenza, pendente la lite, è un eccesso di potere offensivo della giustizia pubblica.

§ 1675. In quarto luogo perchè si verifichi l'attentato si richiede che il possesso fosse *manutenibile* nella parte contraria. Si badi bene a questa circostanza. Potrebbe accadere che taluno per una riprovevole *via di fatto* s'impossessasse di una cosa altrui, e che incontanente facesse citare la parte contraria ad astenersi dal turbarlo nello spoglio da lui praticato. In questo caso nella legislazione romana e francese se il possessore spogliato per privata autorità ripigliasse il suo possesso, praticherebbe forse un attentato? Non mai. E perchè ciò? Perchè ivi la legge nè protegge possessi viziosi, nè vuole servire di scudo alle sorprese usurpative. Nè può formare difficoltà che venga fatta dopo la chiamata in giudizio mediante la citazione giudiziale; attesochè questa essendo fatta onde coprire un atto per sè illecito, non si violano nè punto nè poco i riguardi dovuti alla giustizia pubblica, la quale in quelle legislazioni professò di far rispettare soltanto i possessi manutenibili, e non mai le invasioni e gli spogli. Dall'altra parte poi la giustizia pubblica fatta così servire d'istromento al delitto, lungi dal recarsi ad offesa che non venga rispettato il diritto colla coperta del suo nome, non può che approvare la legittima difesa fatta dallo spogliato.

§ 1676. In quinto luogo è da osservarsi che l'attentato può essere praticato sia in *prima*, che in *seconda* Istanza. Quest'avvertenza è necessaria a tutti gli studiosi del Diritto romano, nel quale propriamente non trovasi menzione che del divieto di nulla innovare pendente l'*appellazione*. Ma col posteriore Diritto comune questo divieto fu esteso ad ogni stadio dei giudizii, e quindi fu compreso tanto il giudizio di prima,

quanto quello di seconda Istanza. Chi bramasse istruirsi su questo particolare non ha che consultare, fra gl'Italiani, il Trattato di Lancellotto; e tra i Francesi il Trattato di Maréchal *Dei diritti onorifici*, Cap. LXXV. In compendio poi può consultare i Repertorii di Mascardo e del signor Merlin: il primo sotto la parola ATTENTATO, ed il secondo sotto le parole VIE DI FATTO ed INNOVAZIONE.

§ 1677. Parlando della legislazione austriaca, io credo inutile avvertire che, qualunque sia l'atto praticato sulla cosa litigiosa pendente la lite, esso deve qualificarsi come attentato, quand'anche si trattasse di un possesso non manutenibile come nella romana. Ciò consta chiaramente dalle cose osservate nel Capo XXXV. del Libro antecedente.

§ 1678. Un attentato forma un INCIDENTE di una lite. Nel vecchio Diritto l'ordine per trattare questo incidente consisteva nel porgere la querela, nella quale dopo aver esposto il fatto del possesso al principio della lite, ed il fatto dello spoglio della cosa litigiosa praticato dall'avversario, si producevano nell'atto stesso i mezzi di prova di questi due estremi, e si faceva istanza che venissero senza dilazione verificati, in caso della negativa contraria. Con questo modo compendioso non si seguiva l'ordine lento dei giudizii solenni, nei quali non si passava ad intraprendere le prove se non che fatta la contestazione, e colla concessione di larghi termini a produrle, e di altri larghi termini a verificarle. Nella procedura per attentati si produceva per anticipazione ogni mezzo conveniente di prova, onde smentire la negativa avversaria; ed il querelante non tardava nè punto nè poco a porre in mano del giudice i mezzi necessarii di convinzione. Questa maniera di procedere appellavasi *sommaria*, attesochè si accorciavano i termini delle incombenze giudiziarie, e si cumulavano le allegazioni che altrove si facevano succedere separatamente.

§ 1679. È vero che alcuni prammatici pretesero che si potesse anche far senza *prove piene* delle cose allegate; ma egli è vero del pari che altri più sensati contraddissero a questa sentenza, la quale dalle cose da noi dette altrove riesce assurda in linea di ragione, e perniciosissima in linea di Diritto, e di comune sicurezza dei diritti e degl'interessi delle parti contendenti. Ciò ch'è di verità non può essere offeso in qualunque forma di giudizii, sia sommarii, sia solenni, poichè la sola verità e la sola certezza devono servire di fondamento a qualunque decisione giudiziale.

§ 1680. Verificato l'attentato, ognuno sente che la giustizia pubblica deve farlo cessare incontanente. Oltracciò deve far riporre le cose nel

pristino stato, e risarcire lo spogliato d'ogni danno che indi gliene derivò. La civile giustizia consiste appunto nel rendere illesi i contendenti di modo, che niuno possa offendere impunemente, e debba rifare ogni danno recato. L'eguaglianza dei diritti forma appunto il fondamento di questa privata giustizia, e però il ristabilimento delle utilità forma la funzione dettata da questa eguaglianza. L'equità pratica consiste appunto nel rispetto di questa eguaglianza, e nel ristabilimento di essa, allorchè fu violata. Per lo contrario l'iniquità consiste nell'attribuire senza ragione un utile ad alcuno, con danno o spoglio dell'altro; danno e spoglio non motivato da veruna ragione, sia pubblica, sia privata.

§ 1681. Dalle quali cose ognuno vede che ogni savia legislazione doveva proibire sotto sanzione penale gli attentati pendente la lite, e doveva pur anche comandare la purgazione degli attentati medesimi, ed il conseguente risarcimento di ogni danno o spesa sofferta dallo spogliato. E siccome in questo particolare si offendeva tanto la privata padronanza, quanto la pubblica giustizia; così contro tale specie d'eccesso di potere le leggi dovevano provvedere in una maniera più energica, che nelle semplici *vie di fatto* particolari. Tutte tre le legislazioni da noi esaminate sono d'accordo su questo punto, benchè variino fra loro quanto ai mezzi, ossia meglio quanto alla misura delle sanzioni contrapposte a siffatti attentati. La sola differenza fra l'austriaca e le altre *due sta* nel qualificare come *attentato* ogni novità praticata per privata autorità, come sopra fu osservato. Per altro la massima nel resto è identica, e le provvidenze sono efficaci.

CAPO XIII.

Terza cauzione. Misure conservatorie.

§ 1682. Talvolta nel corso delle liti, sia per motivo della pace pubblica, sia per precauzione di semplice sicurezza, accade d'invocare l'autorità del giudice, onde assumere certe provvidenze. A questa rubrica si riferiscono appunto gl'inventarii giudiziali, le perizie, le avocazioni di possesso, i sequestri, ed altre simili provvidenze, le quali assumono il nome generico di MISURE CONSERVATORIE. L'indole di tali provvidenze è di non decidere, nè attribuire diritto alcuno piuttosto ad una parte che all'altra; ma di preservare soltanto da danni o pericoli, e guarentire la pace e la sicurezza sì delle cose che delle persone.

§ 1683. Accade forse il caso che due litiganti, disputando del fatto del possesso di un oggetto, lascino l'animo del giudice nella incertezza

a quale dei due egli veramente competesse in linea di puro fatto? Allora il giudice non potendo affermare a quale dei due spettasse di fatto il contrastato possesso, e non potendo in conseguenza pronunciare la manutenzione nemmeno provvisoria a favore piuttosto dell'uno che dell'altro, non deve che escludere l'uno e l'altro dal contrastato possesso, e porre la cosa sotto salvaguardia della pubblica autorità fino a che colla susseguente piena discussione, almeno del titolo, possa giudicare la cosa contrastata ad una delle parti litiganti.

§ 1684. I sequestri non si possono propriamente esercitare se non nel caso in cui si tratti di un oggetto che possa essere distrutto e consumato in modo, che la parte contraria si troverebbe in una difficile od impossibile condizione di ottenere il fatto suo. Rare volte nelle quistioni risguardanti la condotta delle acque possono accadere siffatti sequestri; attesochè l' oggetto immobile o immobiliare, ed i motivi delle quistioni non possono cadere d'ordinario che sui possessi, sull' uso, ed altre cose simili risguardanti le acque medesime. Più frequente può essere l'uso delle avocazioni dei possessi; e ciò tutte le volte che due contendenti pretendessero d'aver posseduto o una data servitù, o una data presa d'acqua. Molto più poi allorchè si disputa dell'*uso*, nel quale pur troppo, segnatamente nei tempi passati, si veniva alle mani facilmente, e si praticavano violenze, sia alle cose, sia alle persone.

§ 1685. Le *perizie*, quantunque risguardino più spesso le prove, ciò non ostante possono accadere come provvidenze puramente conservatorie. Fingasi diffatti che venga contrastata la continuazione di possesso d' un' acqua specialmente ad incile libero, ossia a canale pieno. Il possessore, temendo che pendente la lite possa venirne diminuita la quantità, e si possano sottrarre i mezzi di prova del suo diritto, può in via di misura conservatoria, e avanti ad ogni discussione in merito, domandare che venga accertato lo stato del suo attuale possesso, e quindi che venga comprovata la quantità dell' acqua ch' egli possiede. Parimente trattandosi di una data costruzione, della quale egli non abbia verificato il modello, e temendo alterazioni, può domandare che venga verificato a sue spese, salvo ogni diritto che potesse competere sì alla parte contraria, che a qualunque interessato. Chi ha interesse, ha azione; e quando un privato chiede di accertare lo stato de'suoi possessi, salvo ogni diritto a chi appartiene, l'autorità pubblica non può rifiutarsi dal prestar mano forte tutte le volte che dalla parte contraria venga fatta opposizione.

Dico in caso di opposizione. Imperocchè fuori di questo caso essendo libero ad ognuno di praticare in una maniera comprovante que-

ste cauzioni, egli è inutile ricorrere al giudice quando non s'incontri opposizione veruna. In questi atti puramente conservatorii l'autorità giudiziale può, anzi deve senza difficoltà secondare le domande di chi brama assicurarsi; attesochè qui non si tratta di togliere a nessuno verun diritto quesito, ma semplicemente di assicurare e guarentire ad ogni parte il suo giusto interesse.

§ 1686. Queste misure conservatorie, particolarmente nella materia delle acque, si devono tenere ben distinte dalle consuete visite giudiziali, le quali vengono denominate *ispezioni sopra luogo*, ad oggetto d'istruire l'animo del giudice sul fatto controverso, sia in petitorio, sia in possessorio. Queste visite o perizie non sono della natura delle misure conservatorie, di cui qui parliamo; ma formano parte essenziale del sistema delle prove autentiche nella materia, sia della presa, sia della condotta delle acque. Io qui non debbo occuparmi a descrivere il modo di queste funzioni, poichè mio oggetto non è di presentare un Trattato di procedura civile, ma soltanto di segnare i principii che riguardano la tutela contenziosa delle acque.

CAPO XIV.

Quarta cauzione. Interdetto di giudicare per presunzione di parzialità. Della coscienza politica.

§ 1687. Le cause di ricusazione dei giudici sono fondate sugli stessi motivi pei quali si eccettuano i testimonii dal far fede in giudizio. Tutte tre le legislazioni, partendo dal principio generale, che il giudice non deve avere nè avversione nè affezione, ma deve assolvere senza amore, e condannare senza odio, hanno assegnate certe relazioni, in virtù delle quali il giudice o possa essere ricusato come sospetto, o debba anche da sè stesso astenersi dal pronunciare giudizii, quand'anche si tratti di giudicare collegialmente.

Diritto romano.

Nel Diritto romano troviamo che nessun giudice può pronunciare nè in causa propria, nè in quella della moglie, dei figli, dei liberti, e di altre persone che sono al di lui servigio (1). Altrove poi troviamo altre regole, le quali furono adottate anche dal Diritto comune.

(1) « Qui jurisdictioni praeest neque sibi » jus dicere debet, neque uxori vel liberis » suis, neque libertis, vel caeteris quos secum » habet. » Leg. 10. Dig. *De jurisdict.*

« Plures autem justae suspicionis causae sunt; veluti: »

« I. *Inimicitiae* inter judicem et actorem reumve. » Leg. *Si pariter* 9. Dig. *De liberali causa*. Arg. Leg. *Non distinguemus* 32. 5. *Cum quidam* 14. Dig. *De receptis qui arbitr. recept.*

« II. Aut si *lis similis* judici cum alio intercedat, necdum decisa. » In quantum vix est, ut non tale quisque jus tunc statuat in alterum, » quale in se suaque in causa statutum optat. » Ant. Faber Codicis Lib. III. Tit. 4. Def. 2. n.° 3. in nota.

« III. Idemque est si ante delatum sibi judicandi munus *patro-* » *cinium praestiterit* actori reove eadem in lite, cum nec testis esse » possit. » Leg. ult. Dig. *De testibus*. Leg. ult. Cod. *De assessoribus* (1).

« IV. Nec dubium quin ut suspectus declinari possit qui *damnum* » ex ea lite *lucrumve* sperat, ne suae rei judex sit. » Leg. Julia 17. Dig. *De judiciis*.

« V. Quive litigantium alterutri nimis propinquo *sanguinis* aut » *affinitatis vinculo* conjunctus est; nam uti sibi ita et suis puta uxori, » liberis, domesticis jus dicere quisque prohibitus est. » Leg. 10. Dig. *De jurisdictione*.

« Cautumque fuit lege Cornelia injuriarum ne judicet qui ei qui » agit gener, socer, vitricus, privignus, sobrinusve est, propiusve eorum » quemquam ex cognatione affinitateve attingit. » Leg. Lex Cornel. 5. Dig. *De injuriis*.

« VI. Ad haec *arctissime* culta inter judicem alterumque litigan- » tium *amicitia* atque familiaritas suspicionis causam praebet, qualis » censeri debet et ea quae ex convictu atque cohabitatione quotidiana » inter commensales intercedere consuevit » (2).

Queste cause a un dipresso furono riprodotte e ripetute tanto nella legislazione francese, quanto nell'austriaca.

Diritto francese.

« Qualunque giudice può essere dato sospetto pei seguenti motivi. »

« 1.° Se è parente o affine delle parti, o d'una parte di esse sino » al grado di cugino, figlio di cugino germano inclusivamente. »

« 2.° Se la moglie del giudice è parente o affine di una delle parti, » o se il giudice è parente o affine della moglie di una delle parti nei » gradi sopra indicati, semprechè la moglie sia ancora vivente, o es-

« Observandum ne his judex detur quem » altera pars nominatim petat. » Leg. 47. Dig. *De judic.* Veggasi anche la legge 12. § 2. dello stesso titolo. — (1) Voet *ad Pandectas*, Lib. V. Tit. 1. n.° 44. — (2) Voet, loco citato, n.° 46.

» sendo defunta abbia lasciata prole superstite. Anche nel caso che sia » morta senza prole, il suocero, il genero ed i cognati possono essere » dati a sospetto. »

« La disposizione relativa alla moglie è applicabile anche alla don» na divorziata, quando esistano figli del matrimonio disciolto. »

« 3.° Se il giudice, la moglie di lui, i loro ascendenti o discendenti » o affini nella stessa linea hanno una controversia eguale a quella che » si agita fra le parti. »

« 4.° Se sia pendente un processo in loro nome in un tribunale » in cui sia giudice una delle parti; se il giudice è creditore o debitore » di una delle parti. »

« 5.° Se nel decorso di cinque anni precedenti all'allegazione di » sospetto abbia avuto luogo un processo criminale fra loro ed alcuna » delle parti, o il conjuge o i parenti od affini in linea retta. »

« 6.° Se vi ha causa civile fra il giudice, la moglie di lui, i loro » ascendenti e discendenti o affini nella stessa linea ed una delle parti, » qualora però la causa sia stata intentata dalla parte prima dell'intro» duzione della lite, nel corso della quale si allega il sospetto; oppure » se si trattasse di causa che, sebbene terminata, fosse ciò seguito en» tro il semestre precedente l'allegazione di sospetto. »

» 7.° Se il giudice è tutore, tutore surrogato e curatore, erede pre» suntivo o donatario, padrone o commensale di una delle parti; se è » amministratore di qualche stabilimento, società o direzione, la quale » sia parte in causa; o se una delle parti è suo erede presuntivo. »

« 8.° Se il giudice ha consultato, arringato o scritto nell'affare; se » ha precedentemente conosciuto della controversia come giudice o co» me arbitro; se ha sollecitato, raccomandato e somministrato le spese » della causa; se in essa ha deposto come testimonio; se dopo comin» ciata la procedura ha mangiato o bevuto con una delle parti nella loro » casa d'abitazione; o se ha ricevuto da una di esse qualche regalo o » dono. »

« Se vi ha capitale inimicizia fra il giudice e una delle parti. »

« Se dopo l'introduzione della causa, entro sei mesi anteriori al» l'allegazione di sospetto, egli abbia insultata, ingiuriata o minacciata » alcuna delle parti verbalmente o in iscritto » (art. 378 del Codice di » procedura).

« Non vi ha luogo ad allegare sospetto un giudice per essere egli pa» rente col tutore o curatore di una delle parti, o cogli amministratori od » agenti d'uno stabilimento, d'una società, direzione o unione di persone

» che sieno parte in causa, salvo che i detti tutori, amministratori o in» teressati avessero un interesse distinto e personale » (art. 379).

« Qualunque giudice che conosce essere in caso di poter essere al» legato sospetto, è tenuto a dichiararlo al Tribunale nella camera di » Consiglio, perchè decida se deve astenersi » (art. 380).

« I titoli d'allegazione a sospetto, relativi ai giudici, sono applicabili » al Ministero pubblico allorchè questi non è parte principale; ma quan» do il Ministero pubblico è parte principale, non può essere allegato » sospetto » (art. 381).

Diritto austriaco.

« Deve rigorosamente astenersi dal votare non solo, ma ancora dal» l'intervenire al referto ad alla discussione d'un affare nella sessione, » quel giudice »

« *a*) che fosse parte; »

« *b*) o fosse consanguineo ascendente o discendente, o fratello o » figlio di fratello, o congiunto in primo o in secondo o in terzo grado, » o affine in primo o secondo grado delle parti; »

« *c*) o fosse, o fosse stato marito, ovvero tutore o curatore di al» cuna delle parti; »

« *d*) che avesse, prima d'essere giudice, assistita alcuna delle parti » come avvocato, o come consulente, o come procuratore; »

« *e*) che avesse avuta con alcuna d'esse grave inimicizia, od avesse « tuttavia relazioni d'interesse; »

« *f*) che fosse per isperare un vantaggio anche indiretto, o per te» mere un danno anche remoto dall'esito della lite. »

« In tutti questi casi il giudice, appena l'affare viene proposto nella sessione, deve palesare l'eccezione in cui si trova, ed uscire immediatamente dalla stanza del Consiglio, per non tornarvi che dopo esaurito l'affare » (§ 37).

« Nel caso che il giudice non facesse ciò da sè, il Presidente, ed » anche qualunque altro giudice, deve accennare la di lui eccezione; e » dove egli si rifiutasse, il Presidente, raccolto il sentimento dei votanti, » deve escluderlo dalla sessione » (§ 38) (1).

§ 1688. Tutto questo riguarda le *relazioni personali* dei giudici, onde, per quanto si può, allontanare ogni sospetto di parzialità, e quindi

---

(1) *Instituzioni o relative formole per la manipolazione degli affari, da osservarsi provvisoriamente dai giudizii di prima Istanza civili e crim.* 30 Maggio 1815, art. 37-38.

assicurare, almeno per una parte, i giudizii più equi e più tranquillanti. Rimane l'altra cauzione, risguardante l'*abilità* dei giudici. Ma questa parte viene intieramente affidata ai lumi e allo zelo di chi li chiama al difficile e geloso ministero di pronunciare sulle vite e sulle fortune dei cittadini. Qui noi parliamo di quelle sole cauzioni, per le quali compete alle parti litiganti il ricorso o la querela di nullità, e quindi il diritto di proporre eccezioni, o d'esercitare un motivato rifiuto, sia dei giudici, sia dei testimonii, sia di qualunque altra produzione, la quale non sia conforme all'ordinamento stabilito dalle leggi promulgate.

§ 1689. Per ultimo dobbiamo parlare della cauzione delle decisioni giudiziarie prese in generale. E qui mi conviene far avvertire alla grande e fondamentale distinzione fra la coscienza *morale* e la coscienza POLITICA dei giudicanti. L'omettere questa distinzione porta a quistioni perplesse, impertinenti, e ad un tempo stesso a partiti strani, impolitici e rovinosi. È provato che l'ufficio di giudice è ufficio pubblico; è provato ch'egli non può giudicare se non in conseguenza delle prove allegate; che la verità *estrinseca* è il solo criterio, il solo punto di sicurezza, il solo mezzo ragionevole. Ma dall'altra parte è pure provato che ogni Governo ed ogni pubblica amministrazione deve assumere come primo punto d'appoggio la *presunzione*, che gli attuali possessi e l'attuale stato di fatto dei cittadini sia legittimo, nè debba essere alterato che con cognizione di causa. Un massimo e capitale interesse sociale ha fatto consacrare questa presunzione, perchè senza di lei tutto fluttuerebbe in una precaria incertezza.

§ 1690. Ciò posto, il magistrato non può nè deve, come il moralista o il direttore spirituale, decidere con una coscienza *filosofica*, ma bensì valersi della coscienza POLITICA. Volendo tessere una scala, incominciamo dal figurare lo zero del dubbio perfetto. Il giudice deve pronunciare per l'assoluzione del reo convenuto, attesochè è assistito dalla presunzione della legge. Fingiamo noi che, bilanciandosi i motivi pro e contro, non si possa dare ragione ad alcuno? Allora il reo dev'essere guarentito, come se contro di lui non militasse prova alcuna. Fingete voi che sia caricato d'una prova inconcludente? Egli dev'essere ancora assoluto. Sul dubbio nessuno deve essere spogliato, nè danneggiato.

§ 1691. Veramente molti Codici hanno stabilito, che se per parte di un attore sia stato concludentemente provata una presunzione urgente, egli possa offrire il *giuramento* suppletorio per compiere la prova della verità dei fatti fondamentali della sua domanda. Ma, considerando la cosa profondamente, siamo costretti ad affermare che tanto il giura-

mento suppletorio, quanto il decisorio non debbano propriamente essere collocati nel novero delle *prove*, ma essere riguardati come uno SPEDIENTE per dar fine in qualche maniera ad una lite incominciata, e che non si può decidere colle vere prove suggerite dalla logica critica naturale. Coi giuramenti non si fa che provocare alla presunta religione di chi deve prestarli, nè con siffatti giuramenti viene propriamente provata la verità dei fatti contestati.

§ 1692. Con ciò si spiega l'apparente paradosso che s'incontra in alcune legislazioni, col quale, malgrado la scoperta d'un falso giuramento, non si rescinde la sentenza pronunciata, ma solo si punisce lo spergiuro criminoso. In tutti gli affari civili àvvi un confine, pel quale si deve accordare qualche cosa alla fortuna, piuttosto che sconvolgere un determinato ordine stabilito dalla necessità.

§ 1693. La regola, che in dubbio si deve assolvere il reo, e che la condizione del reo convenuto sia più favorevole di quella dell'attore, non piacque nè punto nè poco al Bentham, pel motivo, dic'egli, che dalla statistica dei giudicati consta che il maggior numero delle sentenze è quello de'rei convenuti condannati. Ma posto questo fatto, che non sappiamo se sia universalmente vero, io osservo che àvvi una viziosa petizione di principio. Un attore avvisato dalla legge di non assalire nessuno se non munito di prove, pensa anticipatamente ai mezzi della vittoria. Qual meraviglia dunque che il maggior numero delle decisioni porti la condanna de'rei convenuti? Questa condanna nasce appunto dal rispetto professato dalla pubblica autorità verso ogni cittadino, fino a che con buone prove non venga convinto dover egli sottostare alle domande d'un avversario. Tutto il favore, del quale parlano le leggi romane, consiste appunto in questo rispetto, e non nel preferire a causa conosciuta piuttosto l'uno che l'altro litigante.

§ 1694. Qui sia fine a questa terza ed ultima Parte del Trattato della condotta delle acque. Tutta la dottrina resta esaurita con queste tre Parti. Le pratiche quistioni non possono formare oggetto di dottrina continuata. Tutte quelle ch'erano state contemplate dal Pecchio furono trattate ed esaurite. Noi ne abbiamo aggiunte delle altre. Pertanto l'altra parte della materia delle acque è per sè indefinita, e non potrebbe

essere che una mera applicazione di questo completo Trattato. Quindi la divisione della prima e della seconda Parte, come fu avvertito sin da principio nel dare ragione dell'Opera, allude realmente a due Opere separate. Con ciò non si è voluto indicare che la più ampia sfera possibile di tutta la scienza e di tutte le cognizioni risguardanti la condotta delle acque.

RIASSUNTO

DEGLI

OGGETTI PRINCIPALI COMPRESI NEL TRATTATO DELLA CONDOTTA DELLE ACQUE

§ 1695. Dopo avere attentamente visitato un palazzo, girata una città, esaminato un qualunque vasto oggetto cui interessava assaissimo di ben conoscere, qual è il tuo primo desiderio? Di raccapezzare tutte le parti vedute, di formarne l'imagine complessiva, onde raccogliere il concetto di tutto l'oggetto esaminato. E siccome sappiamo pur troppo che la nostra memoria è labile, e la nostra imaginazione fallace, così tu brami avere sott'occhio una pianta fedele, nella quale sieno tracciate e ben raffigurate tutte le parti insieme collegate degli oggetti medesimi. Allora tu puoi agevolare i confronti cui ti piace instituire; allora puoi determinare le cognizioni e le osservazioni capitali sugli oggetti medesimi; o almeno puoi, col soccorso della pianta fedele tracciata, imprimere nella tua fantasia una completa idea degli oggetti medesimi.

§ 1696. Ecco il primo motivo pel quale crediamo far cosa utile e gradevole ai leggitori col tessere un Riassunto del Trattato della condotta delle acque compreso negli antecedenti Libri. S'egli è vero che tanto sappiamo, quanto possiamo ben comprendere e colla memoria ritenere, sarà vero del pari che un fedele riassunto formerà l'ultimo frutto dell'utile lettura. In tutte le scienze, in tutte le discipline l'ingegno umano è costretto e per naturale istinto portato a riepilogare in breve spazio, adattato alla simultanea comprensione della intelligenza, le varie parti della dottrina antecedentemente esposta.

§ 1697. Ma un altro motivo assai più generale e proficuo si aggiunge per consigliare il riassunto da noi progettato. Questo è di offrire agli studiosi un *modello perpetuo*, sul quale conformare gli estratti d'altre Opere pratiche comunque disordinate, ma che dall'altra parte offrono

dettami interessanti. Questo modello siccome è tratto dalla essenza stessa delle cose, così riesce perpetuo, e di una pratica ed esclusiva importanza. Ogni estratto fatto altrimenti deve necessariamente riuscire imperfetto, confuso, non appagante la giusta curiosità dello spirito nostro, nè mai adequato alla struttura ed alle parti di una pratica disciplina.

§ 1698. Per nostra mala sorte le Opere di giurisprudenza pratica peccano or più or meno specialmente nell'*ordine* col quale furono tessute. Nessuna di esse, per quanto io sappia, procede con quell'ordine logico, che prescrive di ben proporre, di ben distinguere, di ben connettere e di ben esprimere. In nessuna di esse si riscontra una intiera proposta, una partizione regolare e completa, una successiva gradazione di materie e di dettami, come pure richiederebbe un buon metodo di un Trattato teorico-pratico di giurisprudenza. Di qui viene che confusi, tumultuarii ed imperfetti sono i dettami che se ne traggono, e quindi informe, saltuaria e vacillante la scienza che si possiede.

§ 1699. È vero che alcuni giureconsulti si sono alla meglio ingegnati, esponendo titoli particolari di Diritto, di ridurre a certe ispezioni capitali le rispettive loro scritture. Ma queste ispezioni, lungi dal *soddisfare* a tutte le parti del soggetto trattato, lasciano sempre a desiderare qualche cosa, nè appagano mai lo spirito in modo da poter dire: qui sta tutta la materia, e il nostro intelletto deve riposare dentro questi confini.

§ 1700. Persuadiamoci di una grande verità; ed è, che il buon metodo riesce il medesimo in ogni sorta di scienze e di discipline; talchè usato una volta per una materia, riesce ugualmente proficuo per tutte. Ma dall'altra parte senza di lui non potremo giammai padroneggiare verun soggetto, e nemmeno affermare di possederlo bene anche in via di semplice istruzione. Quella stessa mente, quella stessa attenzione, quelle stesse maniere che voi impiegate nello studiare le opere della natura, sono quelle che occorrono anche nelle pratiche discipline.

CAPO I.

Divisione massima del Trattato. Spirito generale col quale deve essere presentato.

§ 1701. Il soggetto della dottrina è *pratico*; e però si tratta di compiere un'*opera*, e di farla in una maniera ordinata, e secondo i dettami di certe leggi. Tutto questo che cosa suppone?

I. Una *potenza* capace d'operare, e d'operare rettamente.

II. L'*esercizio* regolato di questa potenza.

III. La *conservazione* e la *difesa* tanto della forza operatrice, quanto della libertà del suo esercizio; e nel tempo stesso un *freno* agli atti arbitrarii o lesivi ad *altri* di questa potenza.

§ 1702. A questi sommi capi si debbono ridurre le parti massime di qualunque pratica dottrina. *Potenza*, *esercizio*, *tutela* sì dell'una che dell'altro, ecco a quali precipui argomenti si debbono restringere tutte le indagini di qualunque scienza operativa. Ma siccome questa dottrina deve avere riguardo anche ai diritti ed agl' interessi *altrui*, così una perpetua condizione della trattazione sarà quella di non assumere mai il proprio soggetto in una veduta *individuale* e staccata, ma bensì in una veduta *sociale* e collegata; dimodochè i rapporti vengano sempre contemperati coi riguardi dovuti altrui. Se la nostra limitazione ci obbliga ad esporre le cose ad una ad una; se la necessità di esaminare i rispettivi interessi ci costringe a concentrare le nostre considerazioni sul particolare, per esporre ciò che compete ad ogni parte; noi non dobbiamo dimenticare che i primi nostri concetti non sono nè debbono essere mantenuti nel senso *assoluto* col quale prima li raffiguriamo, ma che invece dovranno subire tutte quelle restrizioni e modificazioni che sono richieste dalla necessità della natura e dalle relazioni della sociale convivenza. Viziosa separazione sarebbe quella colla quale figurassimo, sia un interesse di egoismo predominante, sia una competenza assoluta e non temperata. Colle nude considerazioni di uno speculativo diritto d'individuale proprietà come potresti autorizzare non solamente le alienazioni forzate per motivo di pubblica necessità, ma tutto il temperamento legale dei possessi mediante le servitù stabilite per autorità di legge, tutto il sistema delle prescrizioni, tutti gli stabilimenti delle ipoteche e degli atti autentici, ec. ec.? Eppure queste istituzioni intervengono in pressochè tutte le funzioni della civile giurisprudenza, e v'intervengono per una vera *necessità naturale* della vita civile. Tì

avviseresti forse di far senza dei principii da cui discendono, e dei motivi da cui dipendono? Allora tu rinuncieresti a tutto lo spirito che connette le parti della civile giurisprudenza; allora vorresti possedere i materiali staccati, e rinunciare all'architettura che li adorna e li consolida; allora vorresti dissipare la scienza, per gettarti a guisa dei bruti sopra semplici concetti particolari, concreti e staccati.

§ 1703. Questo modo è pur troppo quello che fu usato fin qui, specialmente nelle materie di Diritto. Limitata la mente ai nudi *individuali* rapporti dell'uguaglianza tra uomo e uomo, fu presa l'abitudine d'intitolare questo modo di vedere col nome di *Diritto naturale* e *civile*, come se la scienza o la disciplina fosse veramente racchiusa nei dettami dedotti da queste nude ed astratte considerazioni. Non fu mai pensato che, come nella fisica tu non potresti dar ragione della struttura e delle funzioni d'una foglia di un albero senza por mente alle leggi comuni a tutta la pianta; così pure nella ragione *civile* tu non puoi determinare verun dettame di ragione, se non poni mente a tutto l'ordine vitale ed interessante della civile colleganza. Con ciò indico le leggi del tornaconto particolare, rattemperate da tutte le relazioni della civile convivenza e da un dato tenore di società.

§ 1704. Dico *da un dato tenore di società*, per significare che noi abbiamo di mira uno stato *agricola* e *commerciale*, che forma la vera base dell'incivilimento delle popolazioni. Questa considerazione ci porta necessariamente a tener conto di tutte le esigenze di questo genere di vita, così che i dettami di Diritto non possono prescindere dall'essere atteggiati da tutte queste esigenze. Senza di ciò sarebbero incompetenti, e dirò quasi contro natura. Pertanto allorchè uno scrittore ci presenta dottrine le quali possono convenire ugualmente ad una popolazione *pastorale* o *cacciatrice*, e peggio poi ad individui *isolati* od a popoli *divisi*, dovremo dire che un tale scrittore ci presenta soltanto il primo scheletro, anzi l'idea informe dei competenti dettami della ragione civile di cui parliamo. Tutto questo si riferisce al *modo* ed allo *spirito* della trattazione di ogni parte d'una pratica e giuridica dottrina; e però dipinge come predominante e senza eccezione, dirò così, la veste perpetua colla quale siffatte dottrine si debbono mai sempre presentare. Era poi necessario almeno ricordare questa materia di trattazione, postochè la ragione civile non fu mai ravvisata e tratteggiata secondo le sue vere, integre e nutrite forme, ma soltanto a guisa di scheletro spolpato, o, dirò meglio, di superficie staccata, e senza le dovute e piene sue radici. È un errore il credere che le formole giuridiche debbano

rassomigliare alle algebriche. Come in natura tutto esiste e tutto si opera in senso unito e complesso, così nel mondo delle nazioni ogni privata transazione, rettamente e pienamente compresa, si opera in senso collegato e continuo; dimodochè la mente può bensì *discernere* lo stato privato dal pubblico, ma la pratica non può *disgiungere* l'influenza e l'azione di questi due ordini, dirò così, immedesimati nella vita civile.

§ 1705. Senza questa considerazione i dettami dei romani giureconsulti non avrebbero ottenuto quella pienezza, solidità e santità, per la quale vinsero le rovine del tempo, e risuscitarono l'attuale civiltà di cui gode l'Europa. Al senso complessivo, pratico e pieno dei rapporti sì individuali che comuni devesi quell'alta sapienza ch'essi racchiudono, e per la quale resistettero alla forza dei secoli e alle barbariche inondazioni.

§ 1706. Per la qual cosa tanto nella dottrina costituente la potenza, quanto nella dottrina dirigente l'esercizio, come finalmente in quella che difende l'una e l'altro, si deve sempre tener presente quale sia l'indole essenziale e quali gli ufficii perpetui della ragione civile. E però devesi perpetuamente tener per fermo, che tutti i dettami risultano sì dai rapporti dell'eguaglianza individuale privata, che dai rapporti della colleganza sociale. Lo spirito del savio giureconsulto non dovrà mai riposare, fino a che non abbia côlti i dettami dipendenti dall'ordine individuale e comune; nè deve mai persuadersi di possedere la vera ragione civile, e meno poi la prudenza pratica, fino a che egli si arresta soltanto ai minuti rapporti di esseri staccati, i quali non contemperino i loro interessi e la loro reciproca libertà. Pensi invece che i dettami staccati ed assoluti, ai quali piacque attribuire i nomi di *Ragione* o *Diritto naturale*, non formano che le prime linee di un ritratto che deve poi essere nutrito e compiuto coi rapporti della ragione comune.

§ 1707. In questa veduta complessiva io accordo che non si discerne per anco ciò che possa appartenere alla ragione *individuale*, madre dei diritti quesiti che le leggi rispettano, da ciò che appartiene alla ragione *pubblica* ossia sociale, oggetto dei politici regolamenti e dell'ordine pubblico, che atteggia la ragione privata. E però è necessario, dopo questa comune considerazione, discendere alla distinzione, per altro mentale, degli uni dagli altri, onde cogliere le regole risguardanti l'impero delle leggi sui rispettivi diritti. Diffatti i primi sono *nativi*, e sempre rispettati dalle buone leggi; i secondi *dativi*, e sempre mutabili secondo le esigenze sociali. Su ciò non occorre altra spiegazione, dopo quello che ne ho scritto nella Parte II. Lib. II. Cap I., e Lib. III. Capo XIX. Qui

mi astengo da ulteriori considerazioni, ed invece riassumo l'intero mio argomento.

§ 1708. Allorchè dunque tu pigli in mano un Trattato di civile giurisprudenza per farne lettura, che cosa devi dire dentro di te? Ecco un libro che mi parla d'un dato ramo di Diritto. Se questo libro è fatto a dovere, egli dovrà proporre e trattare tre *argomenti;* cioè: 1.° dei *costitutivi* della *potenza legale*, e però delle regole di ragione onde costituire siffatta potenza; 2.° dell'*esercizio* di questa potenza, e però delle regole direttrici degli atti di lei; 3.° finalmente della *conservazione* e *difesa*, ossia della *tutela* tanto della potenza, quanto del di lei esercizio, e però delle regole direttive di questa tutela. Oltracciò la *maniera* di trattare questi tre argomenti dovrà consistere principalmente nel presentare la indivisibile e contemporanea azione dell'ordine pubblico e del privato. Io dunque dovrò vedere i temperamenti della convivenza sociale apportati sì nell'esercizio che nella tutela del diritto, del quale si tratta. Ecco il discorso che ogni savio lettore deve fare dentro sè *stesso* all'atto d'imprendere la lettura d'un Trattato di civile giurisprudenza; ecco la pretesa cui tacitamente deve intimare all'autore del libro; ecco il primo criterio per giudicare se il libro sia ben fatto, almeno rispetto alla proposta delle materie, ed alla maniera generale della sua esposizione.

§ 1709. Tu apri il libro, e leggi; ed a poco a poco tu ti accorgi di ottenere buone cognizioni. Ma tu non le raccogli che in una maniera confusa, spezzata, senza avere una pianta primordiale alla quale riferire i dettami che vuoi ritenere. In breve, ti accorgi di acquistare buoni materiali staccati; ma non hai un disegno per collocarli al loro posto, *o classificarli* regolarmente. Or bene: questo disegno fállo tu prima di tutto, ripartendo il soggetto nelle tre parti della *potenza*, dell'*esercizio* e della *tutela*, delle quali ti ho parlato. Queste ti serviranno per collocare sotto la competente rubrica le cognizioni che andrai acquistando. Più oltre poi troverai dentro ogni provincia i luoghi particolari, nei quali potrai nicchiare i singolari dettami. Così avrai a tuo uso un modello perpetuo per ben ordinare, per ben apprendere, e per ben ritenere ciò che avrai appreso. Fatta quest'abitudine, ti sarà facile sottoporre a metodo ogni altra tua lettura.

CAPO II.

Delle prenozioni alla dottrina dell'acquedotto.

§ 1710. Nel Trattato delle acque tu ti accorgi che non hai sotto mano un soggetto *spirituale*, come sarebbe l'argomento dello stato delle persone, i doveri e i diritti di famiglia, e cose simili; ma che vi entrano persone, cose ed azioni sì reali che personali. Dunque dovendo conoscere la intiera dottrina delle acque, tu devi abbracciare persone, cose, azioni e giudizii, come se dovessi abbracciare tutta la giurisprudenza. Anzi a rigore un Trattato sulla condotta delle acque si deve considerare come un'*applicazione* dei principii di tutta la ragione civile ad un argomento particolare.

§ 1711. Ma la legge non crea nè gli enti fisici, nè gli enti morali; ma solo *ordina* all'uomo di *dirigerli* in una data maniera. Da ciò viene, che questi enti devono *prima* essere ben *conosciuti*, onde cogliere giustamente il concetto delle leggi, le quali in conseguenza della loro indole e dei loro rapporti interessanti comandarono certi atti, e ne vietarono certi altri. Senza questa cognizione tu non intenderesti il senso delle leggi, e meno poi potresti interpretarle o supplirle con legittime induzioni. Dunque prima d'informarti come le leggi abbiano ordinato i costitutivi della potenza, come ne abbiano diretto l'esercizio, e finalmente come abbiano tutelata l'una e l'altra parte, è necessario che tu conosca l'*indole* propria, le *particolarità*, ed i *rapporti* primi ed essenziali dell'oggetto proposto.

§ 1712. A primo tratto la parola *acquedotto*, ossia *condotta di un'acqua*, presa come *funzione materiale* completa, esprime tre particolari funzioni in una sola; cioè: 1.° la *presa* dell'acqua; 2.° la *direzione* ossia avviamento della medesima; 3.° finalmente l'*impiego* di essa.

Ma questa funzione perchè si fa? Per trarne l'utile derivante dall'impiego, ossia dai *servigi* ai quali quest'acqua viene destinata. Ora si domanda quali d'ordinario sieno presso di noi questi servigi. Distinguiamo i servigi generali delle acque correnti da quelli degli acquedotti propriamente tali. I primi si possono ridurre: 1.° alla pescagione; 2° ad abbeverare e ad altri usi domestici; 3.° alla bonificazione dei terreni; 4.° all'irrigazione; 5.° ai soccorsi alle arti e all'industria; 6.° alla navigazione. — Ma parlando degli acquedotti, e distinguendoli in *difensivi* e *lucrativi*, si trova che i lucrativi per la loro *destinazione* si possono restringere alle seguenti sei rubriche; cioè: 1.° acquedotti per naviga-

zione; 2.° acquedotti per irrigazione; 3.° acquedotti per arti e mestieri; 4.° acquedotti per usi domestici; 5.° acquedotti per tutela comune; 6.° acquedotti per colmate di terreni.

Nella dottrina della condotta delle acque questi formano tutti oggetto delle nostre considerazioni. La *destinazione* in molte e singolari quistioni è decisiva per la *qualità*, *quantità* ed *effetti* delle acque, e per le azioni giudiziarie che trae seco. — Tutto questo non forma che il *subbietto materiale* delle *cose* reali contemplate o supposte nella dottrina; e ciò forma una prenozione comune. Dal subbietto *materiale* passiamo al *giuridico*, su cui cade la funzione propria della legge.

§ 1713. Proposta questa idea, noi intendiamo che tutte le leggi non possono fuorchè *dichiarare* e *guarentire* i reciproci diritti, e quindi regolare le rispettive azioni dei particolari, tendenti o a procacciarsi i beneficii, o ad allontanare i danni provenienti dalle acque. E qui si presenta un'importante distinzione fra il subbietto *materiale* della condotta delle acque, ed il subbietto *giuridico* sul quale cade l'azione competente delle leggi. Il subbietto *materiale* della condotta delle acque consiste propriamente nella presa, nella direzione e nell'impiego delle medesime; il *giuridico* per lo contrario competente alle leggi consiste nel regolare gli atti scambievoli dei cittadini nel solo rapporto di non offendere la reciproca eguaglianza, e nel conformarsi alle esigenze della pubblica utilità. Si badi bene a questa distinzione, per sè importantissima e decisiva. Il privato padrone di un'acqua esercita certamente entro i suoi fondi le funzioni sovra notate. Ma fino a tanto ch'egli non viene a conflitto col suo vicino, sia per offenderlo, sia per patteggiare con lui, la legge non si cura di qualunque operazione possa fare sui proprii poderi. Più ancora: anche nell'atto che questo padrone esercita qualche opera che possa interessare il suo vicino, la legge non entra a prescrivergli il come debba operare a proprio vantaggio, e non entra per conseguenza a regolare i lavori che potrebbe eseguire. Solamente nei rapporti altrui la legge intima a questo proprietario o al suo vicino di pareggiare le reciproche utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà. In breve: l'oggetto di cui si occupa la legge non è *meccanico*, nè *economico*, ma soltanto strettamente *giuridico*. Per la qual cosa, qualunque sia l'opera, qualunque sia l'oggetto inteso, la legge si cura soltanto di questo pareggiamento, senza imbarazzarsi di alcuna famigliare pedagogia. Ciò fu ampiamente discusso a suo luogo.

§ 1714. Distinto per tal maniera il subbietto *materiale* della funzione dell'acquedotto dal subbietto *morale* e *giuridico*, solo inteso dalle

leggi, che cosa restava a notare nella dottrina dell'acquedotto, prima di entrare ad assegnare le regole legali risguardanti la *potenza*, l'*esercizio* e la *tutela* della condotta delle acque? Ognuno sente che il nome di *acqua* poteva abbracciare nel suo significato tutte sorta di acque che vengono suggerite alla fantasia. Ma la nostra dottrina intese forse di assumere in considerazione ogni sorta di acque? No certamente. Essa si restringe solamente alle acque correnti, che si possono volgere a beneficio, sia degli usi domestici, sia dell'agricoltura, sia finalmente di tutte le arti giovevoli. Ciò fu ampiamente spiegato e dimostrato.

§ 1715. Ma, circoscritta l'idea a queste acque correnti, conveniva certamente restringerle al loro ultimo concetto adatto alla dottrina proposta. Ciò fu fatto scartando tanto le acque che cadono dal cielo, e che vengono guidate mediante stillicidii e condotti; quanto le opere puramente difensive, che si sogliono fare nei fiumi, nei laghi, od in altra maniera dai provvidi Governi.

§ 1716. Come fu distinto il subbietto *materiale* della funzione dell'acquedotto dal subbietto *giuridico*, così pure nelle acque dopo il concetto materiale conveniva por mente alle loro qualità *legali*. E però, fatta distinzione fra le *pubbliche* e le *private*, fu segnato il criterio per distinguere le une dalle altre. Oltre a ciò furono indicati i dettami di Diritto, i quali possono interessare il commercio e la proprietà delle acque pubbliche, distinguendo in loro la parte *disponibile* e la *non disponibile*. Finalmente furono chiarite le leggi che regolano in conseguenza i diritti del pubblico e dei privati.

§ 1717. In questa prima veduta le acque suddette vengono anticipatamente considerate come ogni altra sorta di *bene*, vale a dire come puri oggetti di *proprietà*. Questa considerazione era importante, e doveva precedere la trattazione speciale della *costituzione*, dell'*esercizio* e della *tutela* dell'acquedotto. Diffatti i principii della proprietà stanno sotto, come fondamento di tutta la teoria di Diritto. Qualunque sia la posizione naturale o convenzionale delle acque, qualunque siano gli atti delle parti interessate, qualunque sia il conflitto di un possesso occupato contro la proprietà altrui, il principio della proprietà accoppiato colle circostanze deve servire di guida per determinare ciò che è di ragione. In breve: prima di trattare delle parti diverse della dottrina, se ne dovevano stabilire i fondamenti.

§ 1718. All'esposizione delle cose fondamentali si debbono accoppiare nell'ingresso di un Trattato tutte le *spiegazioni* preliminari di quegli oggetti, senza dei quali non si potrebbe intendere la dottrina,

oppure che vengono rammemorati in ogni sua parte. Dico *in ogni sua parte;* poichè trattandosi di oggetti inchiusi in una sfera particolare, ossia consacrati ad una data parte, si debbono spiegare allora, onde servire di lume e di guida alle conclusioni particolari. Per la qual cosa prima di tutto fu spiegato l'*assunto*, e fatto comprendere che cosa si racchiudeva sotto la denominazione di *condotta delle acque.* Benchè esplicitamente non si vedessero le tre parti della *presa* dell'acqua, della *direzione* e dell'*impiego*, ciò non ostante fin da principio furono inchiuse virtualmente. Inoltre furono imaginate le funzioni possibili delle acque correnti in senso materiale, ed indi furono presentati i principii risguardanti la proprietà.

Confesso che furono anticipate forse con troppa fretta certe regole legali dell'anteriore legislazione sull'uso delle acque naturalmente correnti, come pure la lunga discussione di diritto transitorio sui beni feudali. Ma motivi importanti e di circostanza consigliarono queste anticipazioni, le quali in appresso dovranno essere tolte di mezzo.

Riassunto della prima Parte, cioè della potenza giuridica dell'acquedotto.

CAPO III.

Costitutivi della potenza giuridica dell'acquedotto. Fondamenti della potenza giuridica.

§ 1719. Preparate così le prenozioni di tutta la dottrina, si passa a trattare partitamente delle regole *costitutive* della ragione particolare dell'acquedotto privato, quale viene comunemente praticato. L'oggetto della dottrina consiste qui nel cercare la *potenza giuridica* dell'acquedotto. Con questa locuzione si esprimono tutti i requisiti per fondare i diritti eminenti risguardanti la condotta delle acque. Era necessario comprendere tutto il concetto sotto una semplice denominazione. Qui stimo superfluo di avvertire, che sotto il nome di *condotta* non si comprende unicamente la servitù di passaggio di un'acqua per un fondo altrui, ma ogni sorta di prestazione legale delle acque medesime; e però si comprende tanto la *dispensa* commerciale delle acque, quanto la *prestazione* dei fondi indotta dalle leggi per pubblica utilità (1).

(1) Vedi la Parte II. Preludio n.° III.

§ 1720. Ora venendo a ricordare le cose esposte circa la COSTITUZIONE della ragione dell'acquedotto, cui noi figurammo sotto il nome di *potenza*, mi giova rammentare che le nostre ispezioni versarono sopra tre parti principali; cioè sopra la CAPACITÀ DEI BENI, la CAPACITÀ DELLE PERSONE, e l'INTEGRITÀ DEL TITOLO portante la ragione delle acque.

§ 1721. Qui non si parla di capacità *materiale*, ma di capacità *giuridica*. La capacità o incapacità materiale può talvolta formare oggetto di disputa secondaria, specialmente nella costruzione e conservazione materiale dell'acquedotto, ed importare in conseguenza ispezioni particolari di Diritto. Ma questa specie di capacità non viene assunta in considerazione nel trattare dei *costitutivi* della potenza giuridica dell'acquedotto, stantechè la capacità materiale si suppone esistere, per non tener conto che della libertà o dei vincoli che possono toccare la proprietà dei beni medesimi.

§ 1722. Concentrata l'indagine sulla capacità od incapacità giuridica dei *beni*, furono esaminate le quistioni che potevano occorrere sulla fondazione della servitù sopra beni affetti ad *usufrutto*, a *fedecommesso*, ad *enfiteusi*, ad *affitti perpetui*, a *censi riservativi*, ed altri beni consimili. Non furono poi eccitate altre quistioni sopra i beni soggetti alla pubblica tutela, come per esempio gli ecclesiastici, quelli delle corporazioni, dei pubblici stabilimenti, e simili, perchè in questi l'impedimento a stabilire una ragione di acquedotto non nasceva, come non può nascere, dai *vincoli proprii* sopra ricordati, ma unicamente dalla necessità di ottenere il *beneplacito* dell'autorità tutoria, la quale deve intervenire in ogni atto importante il diritto perpetuo di proprietà. Con ciò siamo spontaneamente condotti al secondo fondamento della potenza giuridica dell'acquedotto, cioè alla capacità delle *persone*.

§ 1723. A parlare propriamente, allorchè si tratta della capacità delle *persone*, la ragione sì naturale che positiva delle acque non poteva presentare alcuna *varietà* speciale; ma tutto si doveva determinare coi principii *comuni*, risguardanti la capacità od incapacità legale. In conseguenza di questa osservazione non rimaneva che a distinguere le rispettive cause d'incapacità e la sfera dei rispettivi interdetti, onde potere, colla scorta di principii generali, determinare le quistioni occorrenti in materia di acquedotto. In conseguenza di questa veduta fu detto in che consista la prima e legittima *capacità personale*, e in che consista la contraria *incapacità*. E qui rispetto all'incapacità fu distinta l'*assoluta* dalla *condizionale*, la *totale* dalla *parziale*. Dopo di ciò furono in correlazione distinti gl'interdetti *privativi* dagl'interdetti *tute-*

lari, e quindi furono fatte sentire le importantissime conseguenze che da questa distinzione derivano nel pratico commercio. Un' osservazione importantissima è, che gl' interdetti *privativi* debbono assumersi nel senso più ristretto possibile, e quindi a rigore di lettera della legge, mentre i *tutelari* si possono assumere nella maggiore latitudine.

§ 1724. Dopo questi principii direttivi fu fatto cenno della estensione colla quale in materia di costituzione d'acquedotto si deve applicare l' autorizzazione tutoria; e fu fatto rilevare che non ai soli pupilli, alle donne ed alle persone ecclesiastiche, ma eziandio ad ogni altra persona individuale o collettiva, come sarebbero spedali, orfanotrofii, ed altri pubblici stabilimenti, si deve applicare il principio della necessità dell'autorizzazione nel costituire la servitù dell'acquedotto.

CAPO IV.

Continuazione. Ordinamento e qualità della potenza giuridica, ossia del titolo legale.

§ 1725. Coll' accennare la rispettiva capacità od incapacità dei beni e delle persone noi propriamente non abbiamo inteso che di segnare i *fondamenti*, e non la *costruzione* della potenza medesima. Questa costruzione, a parlare precisamente, si concentra tutta in quello che dai legali chiamasi col nome di TITOLO, o altrimenti viene designato sotto il nome di *modi* onde fondare la ragione delle acque. Ognuno sa che sotto il nome di *titolo* nel linguaggio legale non si accenna che la CAUSA giuridica originante un diritto esercibile nella civile società. Ma quante cose si racchiudono sotto queste brevi parole! Noi parliamo di un *titolo idoneo*, e per ciò stesso racchiudente tutte le condizioni che lo rendono valido. Posta questa idea, dobbiamo supporre: 1.° la capacità dei beni; 2.° la capacità delle persone; 3.° la perfetta precognizione e libertà sulle cose, sia possedute, sia convenute, e sul modo di pattuire; 4.° che in caso di convenzione non venga dimenticato nessun costitutivo necessario del contratto; 5.° finalmente, che non venga ommessa nessuna formalità estrinseca risguardante la certezza dell'atto (1). In generale poi, allorchè si figura l'esistenza d'un titolo, si figura pur anche, per una indivisibile e necessaria condizione, ch'egli possa *constare* estrinsecamente, ossia possa essere formalmente provato. Senza di ciò egli è figurato soltanto ipoteticamente, e riducesi ad una vana speculazione.

(1) Vedi Parte II. Lib. II. Capo XV. in nota.

§ 1726. Tutto ciò appartiene al titolo, fatta astrazione dalla materia particolare della quale si tratta. Ora considerando la materia propria delle acque private, conviene indagare quali *modi* di contrarre e di possedere vengano in materia di *acque* approvati o riprovati dalle leggi, onde conoscere se il titolo costitutivo del contratto o del possesso sia valido o invalido. E qui, onde procedere senza confusione, conviene ricordare che per due sommi mezzi generali si può fondare la ragione delle acque. Il primo mediante convenzioni fra i rispettivi interessati nella condotta delle acque; il secondo poi mediante un'occupazione guarentita con possesso o legittimato o reso irrevocabile col corso del tempo, e mediante certe condizioni di questo stesso possesso. In due massimi rami si dividono pertanto i *titoli* della fondazione della ragione delle acque, e appunto su questi due rami si aggirarono le nostre dottrine.

§ 1727. Cominciando dal ramo convenzionale, ognuno sa che le leggi hanno luogo nel regolare le scambievoli convenzioni. Ora i vecchi giureconsulti hanno creduto che le forme diverse della servitù dell'acquedotto non fossero state tutte avvalorate dalle leggi. Per la qual cosa si debbono instituire le seguenti ricerche; cioè:

I. Si può forse pattuire di prestare o di lasciar passare un'acqua *in perpetuo?*

II. Ciò si può forse stabilire per un *tempo limitato?*

III. Si può egli stabilire che questo tempo, nel quale un'acqua viene prestata o in cui decorre, sia *continuo* o *interrotto?*

IV. Si può egli stabilire ch'essa serva tanto ai fondi *rustici*, quanto agli *urbani?*

V. Si può egli stabilire tutto questo tanto a tempo e modo *obbligato*, quanto a tempo e a modo *rivocabile* a piacere, ossia a titolo *precario?*

VI. Si può forse destinare un'acqua, sia come dote di un fondo, sia come servigio soltanto della persona, o annesso ad una data posizione della persona?

§ 1728. Tutte queste quistioni furono discusse, onde potere stabilire un titolo conforme alle leggi. Con tali quistioni, a dir vero, noi presentiamo sotto altra forma le già note ispezioni, se la servitù d'acquedotto sia perpetua o temporanea, continua o discontinua, rustica od urbana, obbligata o precaria, personale o reale, e così discorrendo. Ma questo modo di presentare la quistione, se non era assolutamente vizioso, era per lo meno scorretto. Diffatti ognuno vede che, presa la destinazione o l'uso di un'acqua in linea di puro *fatto*, niente ripugnava, come non

ripugna, che potesse essere o perpetua o temporanea, o continua od interrotta, o rustica od urbana, o reale o personale, ec. Dunque il punto di quistione si riduceva solamente al diritto. Ma ridotta la cosa in tal modo, ognuno intende che il proponente suppone la legge avere o approvato o disapprovato l'una più che l'altra forma di costituire la servitù dell'acquedotto, e però i contraenti potere o non potere scegliere l'una forma piuttosto che l'altra.

§ 1729. Qual era dunque l'ultimo pratico concetto col quale si doveva piantare la quistione? Quello appunto che da noi fu esposto. Domandare se si può costituire una servitù piuttosto in un modo che nell'altro, era il vero aspetto col quale si doveva proporre le surriferite quistioni. Presentarle nel modo usato fin qui dai vecchi scrittori di giurisprudenza induceva per lo meno l'equivoco, se in *fatto* la servitù d'acquedotto possa essere per sè stessa perpetua o temporanea, continua o discontinua, e così discorrendo. Con ciò non si poneva in evidenza il fatto solo della legge, e quindi la facoltà nei cittadini di adottare o non adottare piuttosto una forma che un'altra.

§ 1730. Questo schiarimento era necessario, poichè seguendo anch'io la corrente per adattarmi ad essa, ho presentato le suddette quistioni nel modo usato, e propriamente fuori del loro posto. Esse di loro natura cadono nella *costituzione* stessa dell'acquedotto, appunto come modi coi quali può essere dapprincipio fondata ed atteggiata la prestazione, sia di un'acqua, sia di un fondo per trasmetterla. Appunto a ciò alludeva il gran Papiniano in una legge che abbiamo esaminato.

§ 1731. Quanto al rimanente che riguarda la costituzione del titolo della ragione delle acque, non abbiamo creduto di rilevare ciò *che vi* può essere di *comune* con tutte sorta di altri contratti, poichè ciò ne avrebbe condotti a stendere un Trattato completo di giurisprudenza. In questo ci siamo contentati di accennare in generale, che la ragione dell'acquedotto può essere fondata, sia con atto fra vivi, sia con atto di ultima volontà. Quello che ci parve più importante, attesa la discrepanza delle recenti legislazioni, fu il sistema delle prove, onde far constare della fondazione della ragione delle acque medesime. E qui conviene ricordare due oggetti massimi: il primo è il principio dell'indivisibilità delle prove dal titolo medesimo, e quindi la regola che la prova fa diritto; il secondo poi è, che nel giudicare conviene attenersi al genere delle prove ordinate dalle leggi, sotto l'impero delle quali fu celebrato l'atto o esercitato il possesso costituente l'origine della ragione delle acque.

§ 1732. Oltre poi a questi due principii cardinali, ragionando del titolo, ho fatto presente la grande distinzione dell'acquisizione *definitiva* dall'acquisizione *irrevocabile*, facendo sentire che tutte le leggi che ci hanno governato e ci governano l'hanno essenzialmente canonizzata, volendo che il tempo con certe condizioni venga in soccorso delle private convenzioni, onde apporvi il suggello della irrevocabilità, contro le accidentali concessioni di un padrone *putativo*, il quale avesse recato danno al vero proprietario.

Tutti questi grandi principii sono fondamentali, trattandosi del titolo primitivo della ragione delle acque. Io mi astengo dall'entrare in minuti particolari, poichè con questo riassunto intendo soltanto di presentare ai lettori le idee capitali, alle quali possano rannodarsi i dettami più importanti della dottrina esposta.

CAPO V.

Effetti immediati del titolo costitutivo.

§ 1733. Costituita la potenza giuridica dell'acquedotto, e prima ancora che colla fantasia ci figuriamo che venga posta mano all'opera, conveniva vedere quali fossero gli EFFETTI IMMEDIATI di Diritto di questa costituzione. Dico gli *effetti immediati*, per distinguerli da quelli che regolano particolarmente le parti del consecutivo esercizio della rispettiva ragione suddetta. Certamente ognuno intende che gli originarii dettami di Diritto, risguardanti l'effezione, la conservazione e l'uso dell'acquedotto, si possono ripetere dalla creazione stessa del titolo, e però che questo titolo si può riguardare come contenente nel suo grembo tutta la fonte dei consecutivi dettami che servono all'esercizio dell'acquedotto. Ma non è sotto questo punto di vista che noi consideriamo gli effetti dei quali vogliamo parlare. Noi intendiamo invece di accennare gli *effetti immediati*, che senza altre operazioni degli uomini nascono in forza della costituzione stessa dell'acquedotto. Tali sono, per esempio, l'*inerenza* d'una servitù prediale destinata a formar dote di un fondo; tale la facoltà di non ritrattare più le cose convenute prima della tradizione reale del fondo, per altro secondo le legislazioni posteriori alla romana, ec.

§ 1734. Fra queste idee quella che più importava è il concetto proprio dell'*imposizione* della servitù, onde poi stabilire in che si risolva tanto l'inerenza o la consistenza reale della servitù, quanto lo stabilimento della *perpetuità* in quelle che furono destinate in dote irrevocabile di un fondo.

§ 1735. Fra queste nozioni, risguardanti gli effetti immediati dello stabilimento della servitù, non potevamo dimenticare i *limiti* perpetui di ragione, e quindi il principio conseguente, risguardante la *difesa* necessaria dei possessi, e la loro economica *libertà*. Questo principio sta perpetuamente sotto qualsiasi modo di acquisizione, e nelle quistioni ambigue serve quasi sempre ad interpretare un atto celebrato, a limitare un possesso esercitato, ed in breve a contemperare le reciproche pretese, pareggiando le utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà. Questo principio nella soggetta materia serve a spiegare particolarmente la teoria delle servitù *di divieto*, ed a chiarire le clausole opposte al titolo costituente la ragione delle acque.

§ 1736. Questi dettami erano per sè indipendenti dalla successiva costruzione ed uso dell'acquedotto. Di più, essi campeggiano su tutta quanta la dottrina come o *dichiaranti* o *limitanti* il titolo stesso costituente l'acquedotto. Pertanto la loro sede stava dove l'abbiamo collocata, anche per la ragione che dovendone far uso dappoi nelle quistioni occorrenti, essi dovevano essere di già esposti, onde non obbligare la trattazione successiva ad una incomoda digressione.

CAPO VI.

Viste di previdenza sull'acquedotto, onde fondare ed atteggiare il titolo speciale giuridico.

§ 1737. Preparata per tale maniera la mente sulle qualificazioni e sugli effetti immediati del titolo, conveniva passare ad assegnare le viste anticipate interessanti l'*effezione*, la *conservazione* e l'*uso* dell'acquedotto medesimo. Queste tre parti formano in sostanza il midollo proprio della nostra particolare dottrina. Per la qual cosa circa queste tre parti fu impiegata una più particolare e minuta diligenza, senza della quale il Trattato sarebbe riuscito imperfetto. Prima però di por mano ai dettami particolari di esecuzione, fu creduto necessario chiarire il significato di diversi nomi adoperati dalle antiche leggi romane, appartenenti all'architettura delle acque. Così fu detto che cosa fossero gl'incili, i condotti coperti, sia sotto, sia sopra terra, conosciuti sotto i nomi di *rivi subterranei*, *specus*, *cuniculi*. Così pure fu parlato dei circonvallanti ed impellenti delle acque, dinotati col nome di *septa*; ed oltre a ciò dei rivi, dei solchi acquarii, delle fistole, e finalmente dei varii predicati delle acque, ricordati nel Diritto romano. Un doppio beneficio ci siamo proposti di ottenere da queste spiegazioni. Il primo di bene intendere le leggi

risguardanti questa materia; il secondo di dare una sufficiente cognizione delle parti diverse di quest' architettura, senza della quale nessuno poteva bene intendere le susseguenti dottrine risguardanti l'*effezione*, la *conservazione* e l'*uso* dell'acquedotto. E per rendere più chiara la cosa, e porla sotto i sensi, si ebbe cura di aggiungere tavole incise, che ponessero sott' occhio gli oggetti meno conosciuti e meno famigliari.

§ 1738. Istrutta così l' intelligenza del leggitore, furono incominciate le nostre ricerche dalla prima funzione materiale dell'acquedotto, vale a dire dalla presa dell'acqua.

Premessa l'osservazione, che la presa dell'acqua ora può stare da sè, come in tutti i contratti di pura *dispensa delle acque* simili a quello della dispensa di qualunque merce; ora può andare unita alla condotta sopra un dato fondo altrui; ora può essere con una data destinazione, ed ora senza; talchè la così detta *servitù d'acquedotto* non forma che una piccolissima parte della dottrina da noi assunta: per intendere la maniera egli giovava distinguere il *fatto materiale* della presa di un'acqua dalla *ragione legale* della medesima. Questa considerazione serve a due oggetti ad un solo tratto. Il primo è quello di *stabilire* in qualunque contratto ciò che fa d' uopo per effettuare un' utile condotta di un' acqua; il secondo serve per effettuare debitamente le cose convenute. Il primo appartiene alla ragione *costituente* l' acquedotto; il secondo alla ragione *effettuante* il medesimo.

§ 1739. Limitata la considerazione al fatto *materiale* della presa di un' acqua, furono assegnate le condizioni necessarie di essa, e prima di tutto fu fatto avvertire al *capo* dell' acqua, il quale fu distinto in *capo-limite* ed in *capo-effettivo*.

Nell'architettura delle acque si esigevano osservazioni speciali sulla formazione di questo capo-effettivo, e però ne furono assegnate le funzioni, e suggerite le cautele ad uso dei contraenti, e fu loro ricordato di por mente al *livello*, all' *impellente* ed alla *bocca*, e quindi di configurare gli accordi in conseguenza.

§ 1740. In pratica suole accadere di costruire condotti per sè *asciutti*, come condotti che lungo l' asta loro o nel loro fondo tramandano sorgenti. Questi sono conosciuti sotto il nome di CAVO-SORGENTI. Di essi fu fatta la descrizione, e furono segnati alcuni dettami particolari di Diritto che li risguardano, e che non possono essere comuni ad altre specie di acquedotti.

§ 1741. Fatto breve cenno della *qualità* dell'acqua anche per l' irrigazione, fu posto mente ai dettami di ragione sì dell' idraulica che della

giurisprudenza, risguardanti la *quantità* delle acque che si prendono. E qui, per intelligenza di questa materia, fu definita la *divisione* semplice della proprietà delle acque, e distinta dalla così detta *dispensa*, colla quale il proprietario d'un'acqua non viene spogliato della padronanza della medesima; ma non fa altro che somministrarla a quantità finita, sia perpetuamente, sia temporaneamente. E siccome per bene intendere questa materia conveniva al giureconsulto di conoscere i principii ed il linguaggio della dispensa tassata di un'acqua, ossia della distribuzione a quantità finita; così in questo luogo ne furono somministrate le convenienti nozioni. Qui dunque, oltre alla teoria che presiede alla *misura* delle acque, furono spiegate le diverse significazioni dell'*oncia-modulo*, dell'*oncia fluente*, tanto secondo la romana, quanto secondo la moderna distribuzione delle acque. E perchè a primo tratto le regole dei periti idraulici si potevano considerare semplicemente come dettami dell'arte loro, spogli della sanzione della pubblica autorità; così, almeno per fondare la necessità legale della misura delle acque computando la *velocità*, furono aggiunte le notizie di pubblici Trattati avvaloranti questo modo di misurare la quantità suddetta.

§ 1742. Dopo avere considerato la dispensa in una vista compatta, era necessario sapere quali *contratti* venissero usati rispetto alla medesima. Fu osservato che su questo oggetto si sogliono praticare tanto contratti perpetui, quanto temporanei. Fu fatto riflettere alle clausole che si sogliono apporre ai contratti di dispensa delle acque dei canali navigabili, onde i rispettivi contraenti possano anticipatamente regolare i loro interessi.

§ 1743. Un'importante osservazione, la quale può aver luogo in tutte sorta di contratti di prestazione delle acque, si è che la *sorte* entra sempre di sua natura e tacitamente in siffatti contratti. Posta questa riflessione, sorgono molte conseguenze per la rispettiva manutenzione e le conseguenti guarentigie di essi. Soprattutto si somministra al giudice un criterio non abbastanza osservato per decidere molte ostinate liti che possono insorgere circa la manutenzione delle acque pattuite. Un'altra osservazione è, che dispensandosi le acque soltanto in conseguenza delle misure e dei calcoli dell'arte idraulica, i quali non si possono assumere in via di verità assoluta, ma in via di presunzione fiduciaria, il contratto di dispensa di un'acqua tassata racchiude sempre una specie di *transazione* delle parti contraenti; dimodochè se per un ulteriore positivo sperimento si scoprisse qualche eccesso o qualche difetto, nato non da frode, ma da errore, non si possono, malgrado le parti, riformare le bocche o alterare la quantità dell'acqua accordata.

§ 1744. Tutte queste osservazioni cadono o sulla forza e sui rapporti originarii, o sugli effetti immediati della convenzione originaria di un'acqua, e non sulla effezione conseguente dell'acquedotto; e però si fecero precedere alla trattazione particolare di questa effezione. In tutte le materie legali conviene sempre tener presente, che tutto ciò che può entrare nella esecuzione, può per un' *anticipata* considerazione entrare anche nella convenzione. Anzi i contraenti avveduti sogliono regolare anticipatamente con patti speciali e con clausole guarentite le parti interessanti di questa esecuzione. Quindi le materie si sogliono presentare sempre sotto il doppio aspetto di anticipatamente contemplate e di posteriormente eseguite. In forza di questa osservazione il lettore viene avvertito che le dottrine che servono all' una parte possono servire anche all'altra, specialmente allorchè si tratta che le parti dell'esecuzione sieno *indispensabili* per adempiere il fine convenuto dai contraenti. Allora benchè non siano state pattuite espressamente e particolarmente nell' originario accordo, ciò non ostante conviene tacitamente supporle *comprese* pel solo motivo che sono *indispensabili* ad eseguire l' intento stabilito dalle parti. Anche questa regola è fondamentale nel costituire e nel regolare originariamente la potenza giuridica della ragione delle acque.

CAPO VII.

Del possesso considerato come titolo originario, ossia come mezzo primitivo di acquisizione.

§ 1745. Colle cose finora osservate il lettore deve pensare di essersi aggirato soltanto sopra gli argomenti risguardanti la potenza giuridica dell'acquedotto. Ciò che riguarda l'esercizio effettivo e reale viene in appresso. È vero che anticipatamente furono stabiliti i principii che possono illuminare anche l'*esercizio* legale dell'acquedotto; ma è vero del pari che questi principii non cadono sulle *particolarità* speciali della *effezione*, della *conservazione* e dell'*uso* dell'acquedotto medesimo. Prima però di scendere ai dettami particolari di queste tre parti conviene richiamare alla mente ciò che fu detto di sopra circa i *modi legali* onde acquistare la ragione dell' acquedotto. Il primo di questi modi fu detto essere la *concessione contrattuale;* il secondo l'*occupazione continuata* con un POSSESSO munito dei requisiti legali. Di questo secondo modo ci occupammo di proposito trattando la materia della *prescrizione* e dell'*usucapione*, prima in generale, e poscia in materia di servitù. E

qui fu segnata la grande distinzione fra la prescrizione che consacra le legittime convenzioni, e quella che abolisce dopo un lungo corso di tempo ogni azione, onde dar pace e consistenza politica alle private proprietà.

1746. Importantissima è questa distinzione nel temperare l'esercizio dei privati diritti in società. Colla *usucapione* abbiamo fatto sentire che si voleva preservare il diritto che poteva competere ad un vero padrone ignoto a fronte dell'alienazione di una cosa sua senza sua saputa. Per lo contrario nella *prescrizione perentoria* si è voluto temperare convenevolmente per pubblico diritto il sistema della continuità economica, indotto pur esso dalla ragione politica sociale. Anche in questo secondo modo primitivo di acquisizione, nel quale si tratta appunto di costituire la potenza giuridica dell'acquedotto, fu dimostrato che questa potenza risulta dalla capacità legale dei beni, dalla capacità legale delle persone, e dalla capacità del titolo, preso nel suo ampio senso di *causa di diritto.* Il *non vi*, *non clam*, *non precario* dalla parte dell'occupante o possessore forma appunto un tal titolo, mentre la regola *ignoranti et non valenti agere non currit praescriptio* ne tempera la forza.

§ 1747. Non dobbiamo ommettere un' osservazione importante da noi fatta; ed è, che l'*usucapione* è propriamente *sussidiaria* alle acquisizioni *contrattuali*, e non operativa per fondare la potenza giuridica, come fa la *prescrizione* perentoria. È vero che rende irrevocabile un titolo definitivo, ma lo suppone e viene in rinforzo di lui.

§ 1748. Premesso tutto ciò, si è fatto sentire la differenza che passa fra le diverse legislazioni sul modo di far agire il semplice possesso di fatto protratto col tempo intorno le diverse servitù, rimettendo il complemento di questa dottrina là dove dovevamo trattare delle azioni possessorie.

CAPO VIII.

Dell'acquisizione derivativa della ragione dell'acquedotto.

§ 1749. La *fondazione originaria contrattuale* e l'*occupazione continuata* sono propriamente due modi PRIMITIVI, coi quali si può acquistare la ragione di un'acqua. Ma dopo i modi *primitivi* esistono i *derivativi*. In questi si suppone la ragione o la servitù già fondata, e si tratta soltanto di *trasmetterla*. Ora nella trasmissione esistono particolarità interessanti l'*acquirente*, ossia la potenza giuridica dell'acquedotto. Qui dunque ci fu mestieri parlare della servitù che deriva dalla

destinazione del padre di famiglia, della quale prima non si era fatta parola. Così pure fu spiegato come si debba far operare la servitù materiale *preesistente* tanto nei contratti, quanto nelle eredità. Finalmente si dovette ricordare i dettami legali sui modi di *trasmettere* una servitù già esistente per mezzo d'un successivo contratto. Con ciò la trattazione della prima parte della ragione delle acque fu compiuta in tutte le sue interessanti particolarità.

Riassunto della seconda Parte, cioè dell'esercizio della potenza giuridica dell'acquedotto.

CAPO IX.

Della prima funzione, cioè della effezione *dell' acquedotto.*

§ 1750. Tre parti ossia funzioni, come si è già osservato, costituiscono l'esercizio della potenza giuridica dell' acquedotto, come costituiscono l'esercizio materiale della medesima. Queste tre parti sono: 1.° la *effezione;* 2.° la *conservazione;* 3.° l'*uso.*

Propriamente parlando, l'*uso* prima *inteso* si può distinguere dall'*uso effettuato*. Il primo viene conosciuto sotto il nome di *destinazione;* il secondo sotto il nome d' *impiego.* Nell'*uso* si concentra tutto l' interesse e quindi tutti i motivi della condotta delle acque. Su questo ci siamo occupati allegando le convenienti spiegazioni.

§ 1751. Costituita la *potenza*, pareva che ad un tratto si potesse passare alla *effezione.* In senso *fisico* ciò non soffre contraddizione; ma in senso *legale* nacque la difficoltà, almeno per ciò che risguarda le leggi romane. Questa difficoltà consisteva nel vedere se dopo il contratto si potesse a dirittura por mano all'opera. Questa quistione, per altro oggidì superflua, fu da noi diligentemente esaurita.

§ 1752. Sbarazzati così da ogni intoppo, entrammo a parlare della prima parte dell'esercizio della potenza dell'acquedotto, vale a dire della *effezione* del medesimo. Questa funzione presentava ispezioni diverse in tutte le sue singole parti. La prima era quella della SCELTA del luogo ove costruire l'acquedotto. A chi spetta nel silenzio del contratto di eleggere il luogo e designare la via dell' acqua? Quali sono le condizioni e quali i riguardi che si debbono usare nel caso che su questo punto non sia stato specialmente pattuito? Esiste forse alcuna legge di pubblico Diritto, la quale obblighi il padrone di un fondo a prestare il ter-

reno per farvi passare un'acqua? In caso affermativo, quali sono le regole e quali i riguardi che si debbono usare? Qual è il principio che in questa funzione dello scegliere il luogo e del designare la via dell'acqua regola tanto una servitù contrattuale, quanto una servitù legale? Ecco le prime ispezioni che ci occuparono nello stabilire la prima funzione risguardante l'effezione dell'acquedotto. Il principio giuridico che ne sortì fu appunto quello di pareggiare fra i privati l'utilità mediante l'inviolato esercizio della comune libertà. Il principio del minor danno serviente non è che una espressione del canone generale suddetto.

Anche qui però comincia ad apparire quanto in un inoltrato incivilimento la privata proprietà venga contemperata dai riguardi di comune utilità. Ne sia prova il passaggio *obbligato* di un'acqua, sia per le irrigazioni, sia per opificii che debbono servire alle arti.

§ 1753. Una particolarità nella *effezione* prima dell'acquedotto era la *distanza* da tenersi fra il canale da scavarsi ed un canale altrui preesistente. Tale cautela riguarda tanto gli acquedotti convenzionali, quanto gli obbligati. Questo argomento ci occupò, e fu largamente trattato da noi, facendo rilevare quanto manchiamo di quelle cognizioni, cui per altro sarebbe facile acquistare, onde stabilire regole sicure per tenere le dovute distanze. E qui fu notato un errore comune, derivato da una legge romana malamente applicata; cioè che tanta dev' essere la distanza, quanta la profondità.

§ 1754. Tutto il fin qui detto segue, per dir così, coll'occhio e passo passo la prima funzione materiale onde costruire l'acquedotto. Qui la giurisprudenza stabilisce ciò che è di diritto in questa prima opera. Ma si presentò tantosto un altro oggetto, e questo fu quali fossero le *conseguenze* immediate della scelta del luogo dell'acquedotto. Qui parliamo di conseguenze legali interessanti tanto la rispettiva libertà del fondo serviente, quanto la facoltà di colui che costituisce l'acquedotto medesimo. Qui fu notato che, fissata la località, non si può più mutarla senza il consenso del serviente. Ma se coll'andare del tempo, o in vista di opere necessarie alla miglior sorte del fondo, occorresse allo stesso serviente di trasportare altrove l'acquedotto senza incomodo del dominante, ben inteso che ciò si faccia a spese del serviente, forsechè questo trasporto gli potrebbe venire negato? Colle leggi fu provato che no. Ora si domanda se questa facoltà possa competere al dominante contro voglia del serviente. Nessuna legge accorda a lui questo reciproco. E perchè? Perchè gl'interessi e i diritti qui non sono pari. Quando il dominante ha la sua acqua nel modo con lui convenuto, egli ha quanto

gli può competere; il di più è senza necessità. Viceversa il serviente è padrone della proprietà, e non deve soffrire un danno maggiore di quello che importa il servigio da lui prestato, e l'utilità eguale del dominante. Da ciò segue, che il principio dell'immutabilità del luogo dell'acquedotto viene anch'esso rattemperato dal rispettivo interesse delle parti. Dall'un lato si vuole il minor danno del fondo serviente, e però nasce la grande distinzione dei danni *passaggeri* e *contingibili*, e dei danni *abituali* ed *inerenti* all'opera medesima; distinzione che non fu mai bene osservata, nè avvertita in pratica. Quanto poi al dominante, fu osservata la libertà tanto di conformare e di mutare l'opera sua senza danno del fondo serviente, quanto eziandio di riformare, in caso di forza maggiore, la costruzione del suo acquedotto.

§ 1755. Alla scelta del luogo succede la costruzione delle bocche, per cui si effettua la presa dell'acqua. Ommesse le bocche *libere*, vengono le *limitate*. Ma qui si presentano le dispense antiche, ossia tutti i contratti nei quali l'acqua viene somministrata bensì a bocche *limitate*, ma non a bocche *tassate*, cioè computando la velocità coi segnali di un battente che vi corrisponda. Si domanda se tali bocche possano essere modellate secondo le regole idrauliche canonizzate, come fu veduto, e quindi se l'acqua possa essere misurata e cautelata. A tale quistione fu risposto che, salvo il possesso del corpo dell'acqua come legalmente sta e senza toglier nulla, qualunque parte interessata può domandare ed obbligare giudizialmente a venire alla misurazione, e a stabilire la modellazione delle bocche suddette.

Passando alle bocche *tassate*, che si chiamano *bocche di erogazione*, fu domandato: 1.° quale si dovrà dire *bócca legale di erogazione;* 2.° come debba essere costrutta, onde compiere il suo ufficio; 3.° quale sia il tempo proprio per piantare le bocche di erogazione; 4.° se la bocca legale di erogazione sia propria di un modello, o di una data specie di costruzione.

§ 1756. Si noti bene che tutte queste quistioni non furono proposte nel senso dell'arte idrometrica, ossia in linea di pura architettura idraulica, ma bensì in senso meramente legale. Ciò significa e si risolve nel sapere se, nel caso che in un dato contratto non fossero state pattuite le particolarità per il modo e per il tempo di piantare una bocca di erogazione, e nascesse disputa fra le parti, esista principio di legge e di giurisprudenza onde decidere il punto sì della forma che del tempo di costruire le bocche *tassate* di erogazione. Anche a queste quistioni fu pienamente soddisfatto.

§ 1757. Come si è considerata l'*effezione* della condotta di un'acqua quanto al *capo*, ossia all'estrazione della medesima, così si doveva considerare anche rispetto al suo scarico. E qui si presentavano due posizioni: la prima, che un'acqua fosse accordata colla condizione di dover essere dopo l'uso ricondotta ad un canale dispensatore, o a data funzione; la seconda, che lo scarico fosse libero all'utente dell'acqua. Ognuna di queste posizioni, ossia ipotesi, importa di sua natura certi diritti e certi obblighi nell'effettuare lo scarico delle acque. Sopra l'uno e l'altro caso furono assegnati i convenienti dettami di Diritto.

§ 1758. Le dottrine ora esposte potevano essere comuni tanto ad una servitù convenzionale, quanto ad una servitù legale. Ma considerando l'*effezione* di una condotta obbligata dai politici regolamenti, nasceva la quistione del come si possa effettuare lo scarico delle acque acquistate. Parimente fu contemplata l'acqua cui una legge politica aveva obbligata alla condizione di restituire gli scoli.

§ 1759. Un ultimo oggetto poi, comune a tutta la *effezione* dell'acquedotto, erano le *spese* occorrenti, e le altre indennità che per avventura si debbono, sia al fondo serviente, sia ad altri interessati. Quest'ultimo punto fu pienamente trattato a tenore di tutte le legislazioni, e fu anche discussa una quistione mal posta dal Pecchio.

CAPO X.

Della seconda funzione risguardante l'esercizio della potenza giuridica dell'acquedotto, vale a dire della conservazione.

§ 1760. Due oggetti si presentavano qui alla nostra trattazione. Il primo risguarda la conservazione materiale dell'acquedotto; il secondo la conservazione del diritto di servitù attiva del medesimo. Fu tosto spiegato il senso filosofico e giuridico della parola *conservazione*, tanto nella sua *essenza*, quanto nel suo *esercizio*. Quindi le condizioni delle cause conservatrici si dissero consistere nel poter mantenere *integra*, *attiva* e *libera* una data cosa o una data potenza. Ciò importa di allontanare le cause nocive, e di mantenere i mezzi del godimento. Da ciò fummo condotti a dare la vera idea della *manutenzione legale*, la quale rappresenta la somma delle funzioni utili e conservatrici di tutte le parti dell'acquedotto, in quanto sono sanzionate dalla legge. Nella conservazione materiale cadono solamente gli atti che servono a mantenere tanto l'opera manufatta, ossia artificiale o naturale di un condotto d'acqua,

quanto quelli che ne conservano la libera condotta. Nella conservazione del diritto poi cadono tutti gli altri atti, pei quali si può ritenere o perdere una ragione di acqua a fronte della contraddizione di altri interessati. Veramente nell'uno e nell'altro caso non si prendono di mira fuorchè i dettami di puro Diritto; ma nello stesso tempo conviene pensare che gli oggetti variano essenzialmente. Infatti la conservazione sotto il primo aspetto, risguardando la *manutenzione* diretta dell'acquedotto, la di lui purgazione e refezione, ed altri simili opere, ne viene che i dettami rispettivi di Diritto guarentiscono propriamente il *libero esercizio* della condotta medesima in tutti gli ufficii singolari che la compongono. Sotto l'altro aspetto poi si risguarda la conservazione e la rispettiva estinzione della ragione dell'acquedotto, quanto al suo *titolo.* Si noti bene questa grande differenza. Ciò che risguarda il *titolo* spetta alla *potenza;* e ciò che risguarda le cure dell'acquedotto spetta all'*esercizio* di questa potenza. Quindi nell'argomento della conservazione si abbraccia tanto l'uno quanto l'altro oggetto. Abbiamo creduto di separare la conservazione diretta dalla indiretta, poichè la tutela *pacifica* dell'acquedotto è naturalmente immedesimata coll'ordinario esercizio di lui. Dico la tutela *pacifica* per distinguerla dalla *contenziosa*, la quale si esercita per mezzo dei tribunali di giustizia. Quest'ultima specie fu rimessa alla Parte III., la quale risguarda appunto le azioni ed i giudizii in materia di acque. Ivi più di proposito vengono contemplate le *offese* che si possono recare sì alla potenza che al libero esercizio dell'acquedotto, come pure gl'indebiti aggravii che il conducente può recare altrui. L'uno e l'altro aspetto della conservazione pacifica dell'acquedotto fu partitamente esposto, e però fu detto che cosa l'utente possa fare o non fare per la manutenzione del suo acquedotto, e da quali opere si debba astenere il padrone del fondo serviente.

§ 1761. E siccome qui gl'interessi ossia le rispettive competenze si collidono, così fu spiegato partitamente:

1.° Che cosa si comprenda sotto il nome di *purgazione.*

2.° Che cosa si comprenda sotto i nomi di *riparazione*, *ristaurazione*, *ricostruzione.*

3.° Quali siano i limiti legali delle riparazioni.

4.° A chi spettino nel silenzio del contratto tutte queste opere.

5.° Quali siano le guarentigie legali contro gli atti nocivi praticabili dai padroni dei fondi servienti dell'acquedotto; locchè sotto un rapporto appartiene alle *vie di fatto* ed alle turbazioni di possesso, delle quali più ampiamente si parla nella Parte III.

6.° Qui pure, parlando di questa conservazione, fu esaminato se l'acquedotto collocato sopra terra possa essere ridotto a tomba, a sifone, e in generale se possa ammettere riforme di costruzione.

7.° Finalmente fu trattato l'articolo delle spese di manutenzione per le opere di condotta per le diverse specie di acqua, sia possedute, sia condotte, sia dispensate.

§ 1762. Quanto alla conservazione del TITOLO nel modo sopra spiegato, risulta che per mantenere un titolo conviene esercitarlo, e non abbandonarlo. Ma esistono cause perimenti sì per fatto della natura, che per fatto dell'uomo. Parlando del fatto della natura, può accadere che il fondo sul quale giaceva la servitù venga ristabilito. In questo caso può aver luogo il ristabilimento e quindi il risorgimento dell'acquedotto, quando l'estinzione di lui fu operata per forza maggiore naturale.

§ 1763. E qui fu fatto sentire quanto convenisse porre un *limite* di tempo eguale alla durata media di una generazione al risorgimento di una servitù di acquedotto, e però quanto nocivo ed improvvido fosse il non prefinire termine alcuno. La prefinizione poi del tempo di trenta anni, misura media delle generazioni, come poteva racchiudere la prova della memoria testimoniale, così provvedeva pure ai diritti *nativi* dei cittadini, i quali veramente non sorpassano la loro età; attesochè ciò che viene trasmesso per successione *causa mortis* viene operato per ministero della legge.

§ 1764. Passando poi alle cause perimenti l'acquedotto *per fatto dell'uomo*, furono esaminate tanto quelle che possono essere provocate da chi tollera la servitù onde porsi in libertà, quanto quelle che derivano dal *non uso* spontaneo del padrone dominante. A questo proposito fu trattata la quistione del come taluno possa perdere il diritto di effettuare l'acquedotto quando lascia trascorrere, sia il tempo della convenzione, sia quello della prescrizione.

§ 1765. Ciò che fu considerato rapporto al *tutto*, fu pure esaminato rapporto alla *parte* del titolo della ragione dell'acquedotto; e però furono considerate le cause alteranti e rispettivamente interessanti l'esercizio dell'acquedotto. E qui fu esaminata una quistione particolare promossa dal Pecchio, se l'aumento di un fondo per alluvione possa, senza un patto espresso, somministrare la ragione di pretendere che venga alterata una data prestazione di acqua. Ma il principio comune espresso in tutte le cause perimenti, sia in *tutto*, sia in *parte* del *titolo* d'una servitù di acquedotto, qual è? L'ABBANDONO del diritto proprio o in tutto o in parte. Quest'abbandono è sempre considerato un *atto di vo-*

lontà: esso importa la *scienza* e *coscienza* di possedere un dato diritto e la libertà di usarne. Senza di ciò ogni atto che porta l'apparenza di abbandono giuridicamente non è tale.

§ 1766. Questo abbandono si può manifestare in parecchie maniere. La prima col *non uso ultroneo;* la seconda colla *lunga tolleranza* di un atto che ci priva dell'esercizio del proprio diritto; la terza coll'*astenersi liberamente* per un dato tempo, dopo il *divieto altrui*, dallo stesso esercizio, e quindi coll'aderire, acconsentire o acquetarsi all'altrui contraddizione. Si avverta che in tutti questi modi devono intervenire la *scienza* e la *coscienza* sovra espresse, e il *tempo continuo* prescritto dalle leggi. Ogni interruzione ed ogni ambiguità è un argomento in favore di chi possiede il titolo legittimo onde escludere l'abbandono, e mantenere taluno nella sua competenza. I principii delle prescrizioni qui vengono in sussidio, anzi debbono essere applicati.

§ 1777. Tutti questi oggetti furono trattati coll'appoggio e col confronto delle tre proposte legislazioni romana, francese ed austriaca; e rapporto a quest'ultima fu sviluppato il senso di una sua particolare disposizione, il quale non appariva a primo tratto. Furono aggiunte poi alcune avvertenze tanto per espellere una meticolosità rovinosa, quanto per reprimere una petulanza odiosa sul punto delle così dette *novità*, ossia alterazioni, per ampliare o restringere la servitù dell'acquedotto. Fu fatto avvertire quale sia il vero senso giuridico della parola *novità*, e quanto sia importante di ben conoscerlo, onde non produrre o una trascuranza rovinosa nelle riparazioni o nelle difese dei proprii acquedotti, o una petulanza delle ragioni altrui (1).

CAPO XI.

*Della terza funzione, cioè dell'*uso *dell'acquedotto.*

§ 1768. Distinto il significato moltiplice del vocabolo *uso*, e concentratone il concetto al solo impiego utile di una data cosa, per cui se ne ottiene un dato godimento; segnata la perpetua connessione fra l'utente e la cosa usata, dimodochè non si può sostituire altra persona; approssimato il senso di quest'uso godevole alla servitù positiva, e fatto sentire essere ristretta ad un dato servigio, e nulla più; fatto finalmente osservare che tutto il sistema degli ufficii prediali si deve riguardare come

(1) Parte II. Libro IV. Capo VIII.

temperamento *economico*, per cui gli scrittori della civile economia, ossia della *crisologia*, perfezionandosi la scienza, computeranno anche il sistema di cotali servigii; siamo passati nell' uso delle acque a distinguere tre parti, vale a dire: 1.° l'avviamento; 2.° l' impiego; 3.° lo scarico. E per rendere la cosa più sensibile abbiamo preso ad esempio il sistema della irrigazione, perchè le regole su questa specie di uso si accomodano ad ogni altra specie di uso, segnatamente interrotto, delle acque private.

§ 1769. Trattando del *fatto* della irrigazione, abbiamo avvertito doversi por mente a tutte le relazioni tanto fra il dispensatore e gli utenti, quanto fra utente e utente. Più ancora: doversi por mente e ben distinguere la dispensa che si fa a bocca *libera* da quella che si fa a bocca *tassata*. E siccome si tratta di assicurare le parti da frodi ed errori, così fu avvertito di porre attenzione ai *segnali*, onde assicurarsi della dovuta competenza dell'acqua.

§ 1770. Premesse queste osservazioni, e limitando le nostre indagini a quelle sole acque *private* che cadono in *commercio* (poichè delle altre che scorrono naturalmente, e che vengono naturalmente poste a disposizione comune, fu detto da principio), noi concentrammo la nostra attenzione sopra queste acque commerciali.

§ 1771. Qui si presentarono diverse quistioni. La dispensa di cui parliamo può forse aver luogo allorchè venga accordato l' uso intiero, sia permanente, sia temporaneo, sia simultaneo, sia successivo di un'acqua? Questa quistione fu ampiamente trattata per la sua posizione e per li suoi effetti. Altra quistione: Sotto nome di *uso immediato* che cosa s' intende e che cosa si suppone? Di avere l'acqua che fa *di bisogno*, e quando fa di bisogno. La *quantità*, il *tempo* e la *direzione* cadevano qui in considerazione.

§ 1772. Dopo queste generali dottrine, risguardanti l'uso immediato dell'acquedotto, fu spiegata la *distribuzione a ruota* di tutta l'acqua di un canale, ajutando la mente coll'aspetto di una tavola incisa. Qui furono verificate le tre parti dell'*avviamento*, dell' *impiego* e dello *scarico*, delle quali sopra si è parlato. All'opportunità fu indicato l'uso della così detta CODA dell'acqua.

§ 1773. Un oggetto particolare, assai comune in pratica, è quello della *permutazione* degli orarii d' irrigazione fra più utenti dello stesso canale, ai quali tocca la rispettiva competenza in giorni diversi. Fu ampiamente discussa contro il Pecchio la quistione, se questa pratica possa essere legittima; ma avendo mostrato in che consista e come non si

violi il diritto di parte alcuna, non può rimaner dubbio della legalità di questa pratica.

§ 1774. Dopo tali osservazioni e regole comuni alla distribuzione di un'acqua a bocche libere ed a bocche tassate, si passò a concentrare la trattazione sulla speciale distribuzione che si fa a bocche *tassate*. Qui fu data la definizione di siffatte bocche; fu segnato il criterio per conoscere se sieno fedeli; fu avvertito che le misure presunte dall'arte idraulica si debbono far valere come reali; si ritornò sulla facoltà di far verificare, senza toglier nulla ai possessori, la misura delle acque secondo l'arte, e si fece rilevare un errore comune su tale proposito. Dopo ciò fu distinta la *dispensa*, che si fa mediante queste bocche in *continua* e *discontinua;* fu narrato come e quando esse bocche vengono piantate; fu segnato il modo usato per accertarsi come nella dispensa *discontinua;* l'utente ottiene la sua competenza, ed il dispensatore non viene pregiudicato. Più ampiamente ci occupò l'ispezione, se in fatto esistano *misuratori autentici*, onde servire alla dispensa tassata delle acque suddette; e dopo si passò a segnare le pratiche usate nei diversi paesi d' Italia, allegando il disegno delle rispettive bocche di erogazione là dove esse variano.

§ 1775. Tutto il fin qui detto però si aggira sulle regole risguardanti la parte o funzione prima dell'esercizio dell'*uso immediato* delle acque, la quale contempla l'ESTRAZIONE, ossia la *distribuzione* e l'*avviamento*. Segue ora l'IMPIEGO. E qui si presentò la quistione legale del *quando* si debba far credere fatta la *tradizione* dell'acqua, e in conseguenza quando precisamente cominci nell' utente l'impiego legale della medesima. Ognuno intende che questa quistione si tratta in mancanza di espresse convenzioni. Altra quistione: a profitto di chi cadono le acque sorgenti in un canale derivatore scavato sul fondo altrui? Parimente fu ricercato a profitto di chi venga esclusivamente devoluta la coda dell'acqua.

§ 1776. Esaurite preliminarmente queste quistioni, e volgendo la nostra attenzione alle irrigazioni, fu necessario indagare, a cagione della pratica, quale sia la *quantità* dell'acqua necessaria per le irrigazioni, e quale la sua *misura* approssimativa e media. Dopo queste ricerche, ed allorchè ci figuriamo che l'acqua sia giunta sul terreno dell' utente per irrigarlo, oppure nell'opificio maneggiata dal fabbricatore, o in altro modo in potere assoluto dell' utente, non potevano occorrere quistioni legali; attesochè allora l'utente, padrone in casa sua, impiega come gli piace l'acqua che sta in sua mano. Solamente quando viene in conflitto

col proprio vicino o con altri, può intervenire la legge. Tutt'al più parlando dell'impiego dentro questi limiti, potevano occorrere le quistioni di danni dati o minacciati, e nulla più. In vista di questa osservazione credemmo opportuno passare a dirittura all'ultima funzione dell'uso immediato delle acque, vale a dire allo SCARICO delle medesime. E siccome la dottrina legale dello scarico fu già trattata anteriormente, in quanto egli si poteva riguardare come un *aggravio*, così in questa parte dell'Opera ci siamo particolarmente occupati di trattare dello scarico, risguardato come *beneficio*.

§ 1777. Ognuno intende che qui abbiamo in mira di parlare degli SCOLI particolarmente di irrigazione, i quali vengono cercati per lo più come oggetto prezioso all'agricoltura. Onde procedere con metodo luminoso, ed analogo a quello che fu praticato antecedentemente, fu prima esposto il *fatto materiale* di questi scoli considerati come *beneficio*. Quindi fu domandato quant'acqua *colatizia* abbisogni per irrigare successivamente altri fondi inferiori. Soddisfatto a questa quistione, fu domandato con quali *principii* di ragione debbano essere regolati i contratti e decise le contestazioni risguardanti questi scoli, detti altrimenti *acque colatizie* o *morte*.

§ 1778. A fine di sciogliere rettamente quest'ultima quistione era necessario conoscere intimamente l'*indole* propria e caratteristica degli scoli di irrigazione; dopo ciò passare a dedurre i dettami di ragione ricercati. La prima indagine fu da noi adempiuta col far rilevare la differenza importante e decisiva che passa fra il *deflusso* di un'acqua *viva* e quello di un'acqua *morta*. Da ciò discendevano principii di ragione diversi da quelli notati dalle leggi positive, da noi conosciute in ciò che concerne l'origine e il deflusso di un'acqua viva, attesochè nelle acque vive non si suole contemplare che un capo solo, dove che negli scoli tanti sono i capi, quanti i rigagnoli e i fili defluenti delle acque. Nel rimanente poi, per ciò che risguarda la ragione sì contrattuale che possessoria, fu fatto osservare che la teoria degli scoli viene pareggiata a quella delle rimanenti acque correnti. Una sola eccezione fu rilevata; ed è, che la servitù risguardante gli scoli non può di sua natura e senza speciale convinzione essere *assoluta* come le altre, ma dipende dalla condizione dell'irrigazione del fondo superiore.

§ 1779. Qui per altro dobbiamo osservare, che la teoria legale degli scoli riesce tutta propria dei paesi ne' quali ampio, collegato e provvido è il sistema delle irrigazioni, come nella Lombardia. Convien dire che gli antichi Romani, attesa la mancanza di frequenti fiumi perenni e di

altre acque per le irrigazioni (come veggiamo pur troppo anche oggidì nell'Italia meridionale), non usassero il sistema praticato attualmente nella Lombardia, poichè sulla materia delle acque *colatizie* osserviamo nelle leggi di quel popolo un assoluto silenzio.

Con questo fu posto fine alla parte risguardante l'esercizio della potenza giuridica dell'acquedotto, per passare a dirittura alla terza, risguardante la tutela contenziosa.

Riassunto della terza Parte, cioè della tutela della potenza e dell'esercizio dell'acquedotto.

CAPO XII.

Preparazione del soggetto di questa terza Parte; ragione della di lui trattazione.

§ 1780. Qui si deve rammentare la distinzione fra la tutela *pacifica* e la *contenziosa*. La prima si confonde colla semplice *conservazione*; la seconda per lo contrario riveste il carattere proprio di *difesa* contro gli attentati che si possono praticare in vista d'interessi e di passioni contrastanti fra gli uomini posti in uno stretto e scambievole commercio. Havvi certamente un'altra specie di difesa contro le ingiurie degli elementi, delle stagioni, del tempo, che porta la caducità in tutte le opere dell'arte, e finalmente contro inopinati infortunii, ed altri casi di forza maggiore; ma questa specie di difesa materiale forma parte ed è sottoposta alle regole della conservazione diretta, e propriamente della *manutenzione* o *riparazione* materiale dell'acquedotto. D'altronde non può d'ordinario somministrare soggetto a quistioni di giurisprudenza. Tocca ai rispettivi proprietarii di agire secondo che credono loro utile in tutti questi casi, salva sempre l'integrità dei diritti altrui. Dall'altra parte è facile la soluzione delle quistioni che si possono presentare, risguardanti questi casi, i quali d'altronde ricadendo sotto l'impero dei principii generali della tutela o difesa di qualunque altra nostra proprietà, non appartengono propriamente alla sfera *particolare* della ragione delle acque.

§ 1781. In forza di tali considerazioni abbiamo creduto di concentrare le nostre dottrine sulla tutela contenziosa delle acque assumendo come precipuo oggetto e soggetto di queste contese gli atti derivanti dai *fatti liberi* degli uomini fra loro. Così abbiamo circoscritto l'oggetto

immediato sul quale cade l'azione propria delle leggi, vale a dire gli *atti liberi* praticati dagli uomini. Essi in mira di serbare la reciproca sicurezza vengono regolati colla sanzione delle leggi, e formano la materia propria del loro comando, sia ingiuntivo, sia proibitivo.

§ 1782. Il *fatto* di tutti gli atti attentatorii alla ragione giuridica delle acque è per sè vario ed infinito, nè può comprendersi che con un indice voluminoso di accidenti. Dunque questo fatto non si poteva presentare fuorchè in via generale, e appunto quale viene figurato nelle legislazioni. All'opposto le PROVVIDENZE assunte dalle leggi, onde regolare la tutela contro gli attentati derivanti dagli atti liberi degli uomini, si possono ridurre a certi capi assegnabili. Il complesso di tali provvidenze forma lo spirito della legislazione risguardante appunto questa tutela contenziosa.

§ 1783. Qui ognuno si avvede che noi abbiamo di mira la *teoria dei giudizii* in materia di acquedotto. Trita e notoria è la divisione fatta dai giureconsulti delle loro dottrine, distinguendo le cose, le persone e le azioni, le quali si esercitano appunto coi giudizii. Dunque, se così piace, diremo che appunto in quest'ultima Parte avemmo in mira di trattare particolarmente di questi giudizii, e di assegnare i principii eminenti e regolatori dei medesimi. Dico i principii regolatori, poichè tutto quello che appartiene all'attitazione, conosciuta sotto il nome di TRAFILA, non può formare oggetto di speciale dottrina, ma viene appreso colla pratica materiale e positiva del Foro.

Questo non è ancor tutto. A fine di non disperdere soverchiamente l'attenzione dei nostri leggitori sopra argomenti i quali sono comuni a tutta quanta la civile giurisprudenza, conveniva usare una certa economia. Per dare ragione di questa economia osservo che si possono certamente eccitare quistioni tanto sul *titolo*, quanto sull'*esercizio* della ragione dell'acquedotto. Ma tutte queste quistioni riescono di facile soluzione, allorchè siansi già conosciuti i principii regolatori, sia delle convenzioni, sia dei possessi, sia delle successioni generali o particolari, e così discorrendo. Ora questi principii essendo stati esposti antecedentemente, altro non ci rimaneva d'inosservato, se non ciò che riguarda le VIE DI FATTO moltiplici, variate, e che potevano formare oggetto di controversia. In vista di questa considerazione, parlando della tutela contenziosa assunta dalla pubblica autorità, noi dovevamo già presupporre l'amministrazione della giustizia per tutte quelle contestazioni che potevano cadere sui titoli della ragione delle acque private, dipendenti sia da convenzione, sia da possessi, sia da successioni generali o particolari.

Ommesse dunque le ispezioni comuni a qualsiasi sorta di liti, credemmo di dover limitare le nostre dottrine ai casi specialmente occorrenti nell'esercizio dell'acquedotto, rimettendoci nel rimanente alle teorie comuni sì statuenti che giudiziarie. Ecco l'economia di cui intendiamo ragionare, e colla quale abbiamo proposto trattare quest'ultima parte delle esposte dottrine.

§ 1784. Di sopra fu osservato che il complesso delle provvidenze assunte dalle leggi forma lo *spirito* della tutela contenziosa, della quale intendiamo di ragionare. Considerando queste provvidenze, fatta astrazione dal modo di esercitarle, noi trovammo che si possono ridurre a quattro capi; cioè: 1.° divieto delle *vie di fatto;* 2.° sanzione delle prove; 3.° cauzioni dei giudizii; 4.° discipline della forza esecutiva.

Noi ci proponemmo di accennare i grandi principii e le nozioni convenienti risguardanti i tre primi capi, e solo fu accennato in che consista l'ultimo dei medesimi, attesochè le discipline della forza esecutiva sono cose del tutto positive, e comuni a qualunque altro mezzo per far rispettare la comune sicurezza, e per mandare ad esecuzione le cose giudicate.

§ 1785. Prima però di considerare a parte a parte ognuno dei tre capi sovra proposti in relazione alla dottrina dell'acquedotto, credemmo di far sentire l'estensione, l'influenza ed il perpetuo legame delle parti di questa ragione tutelare. Ciò che importava sommamente di prima osservare come base e criterio, era la massima cardinale che deriva dalla necessità di far valere la verità estrinseca nel commercio civile, e che per conseguenza deve presiedere alla ragione contenziosa, detta altrimenti RAGIONE GIUDIZIARIA, in materia di acquedotto. Questa massima centrale, che serve di primo punto d'appoggio, è la costante *presunzione* della legittimità dei possessi; locchè forma il primo fondamento di sicurezza di tutto il sistema economico delle nazioni agricole e commerciali. Nella ragione giudiziaria questa fondamentale presunzione viene perpetuamente sottintesa, sì per dirigere la coscienza politica del giudice nell'aggiudicare o non aggiudicare un diritto in mancanza di prove positive di fatto, e sì per dirigere od autorizzare gli atti di un privato possessore contro repentine e non autorizzate usurpazioni. Senza ben definire questa presunzione, senza conoscerne il fondamento, senza raffigurarne e circoscriverne il titolo, riesce impossibile discernere quando possa aver luogo la regola: *quae de facto fiunt, de facto tolluntur;* e quando sia indispensabile ricorrere ai tribunali per rimediare o far cessare una turbazione di possesso, o una novità nociva ai nostri diritti.

§ 1786. Una seconda osservazione poi per bene intendere l'armonia e l'influenza delle tre parti della tutela contenziosa, di cui parliamo, era di pensare che queste parti o azioni sovrane sono perpetuamente *connesse*, e molte volte *inseparabili* fra loro. Non mi stancherò mai di richiamare l'attenzione sull'azione unita, complessiva e perpetua esercitata nella vita civile dalle buone leggi, e dall'andamento stesso degl'interessi mescolati degli uomini conviventi.

Preparato così e circoscritto il soggetto delle ricerche, ed accennato lo spirito col quale dovevano essere intraprese ed eseguite, sono passato ad esaminare ad uno ad uno i capi ai quali ho ristrette le provvidenze giudiziarie.

CAPO XIII.

Prenozioni sull' indole delle vie di fatto, *e della violenza civile viziante i possessi.*

§ 1787. Volendo con cognizione di causa, e col dovuto rispetto ai diritti ed ai doveri del cittadino, parlare del divieto delle *vie di fatto* in relazione alla condotta delle acque, ragion voleva di ben definire il *concetto* che si deve annettere alla denominazione di VIE DI FATTO. Ciò tanto più importava, quanto più è noto che le *vie di fatto civili* vengono separate dalle *criminali* per una linea quasi invisibile; e che quelle stesse che appellansi *civili* vengono dai politici regolamenti represse, se non come formali delitti, almeno come eccessi di potere privato, comunque giusto. Più ancora: havvi una gran differenza fra la violenza *criminale* e la violenza puramente *civile*, intesa dalle antecedenti legislazioni; stantechè la criminale consiste in atti contro la persona, mentre la civile non è che la continuazione di un possesso preso prima senza contraddizione, e che si vuole proseguire in onta del sopravvenuto divieto di un legittimo padrone o possessore (1).

§ 1788. In forza di tutte queste considerazioni, abbiamo posta tutta la cura per ben tratteggiare e distinguere le *vie di fatto* contemplate nella nostra dottrina, e per avvalorare il tutto anche con decisioni ed autorità. Le turbazioni di possesso, considerato anche nelle sue parti e funzioni speciali, furono così qualificate e circoscritte entro i confini intesi dalla sana giurisprudenza. Dopo ciò fu soggiunto in via generale

(1) Vedi Parte II. Libro II. Capo VI., paragonati col Libro I. Capo XXXVII. della Parte III.

e preparatoria quanto si doveva sapere intorno al RIMEDIO, ossia meglio alla giuridica difesa contro siffatte turbazioni. Quindi fu premesso lo spirito delle *azioni giudiziarie* per titolo di turbato possesso o di *vie semplici di fatto*, facendo specialmente osservare che in questo punto l'azione criminale è necessariamente *pedissequa* della civile, e quindi la civile è PREGIUDIZIALE, ossia deve essere *premessa* alla criminale; a differenza delle offese, nelle quali intervengono violenze *personali*, che danno a dirittura azione ad un processo criminale.

§ 1789. Fornita la mente con queste prenozioni, e considerando poi che le *vie di fatto* possono accadere in tutti i *periodi* della *effezione*, della *conservazione* e dell'*uso* dell'acquedotto, per dare un certo ordine alla trattazione si pensò di esporre i casi figurati dalle leggi cadenti sulla *effezione* e sull'*esercizio* dell'acquedotto, per vedere i titoli delle querele, e soggiungere i rimedii stabiliti rispettivamente dalle diverse legislazioni, onde far cessare la turbazione, o ristabilire il possesso, e indennizzare la parte spogliata dei danni sofferti.

CAPO XIV.

Osservazione sul possesso conseguente ad un acquisto titolato.

§ 1790. Ma la ragione tutelare di questi casi non poteva essere trattata con un solo modo, perchè la ragione di acquistare non ha un modo solo. Prima dunque convenne figurare che fosse stata acquistata con valida *convenzione* o con altro TITOLO legale, come di successione generale o particolare, di donazione, ec. Quindi si presentò la quistione, se potevano cadere *vie di fatto* nel *cominciamento* dell'opera. Il caso potrebbe avvenire, figurando che celebrato un istrumento, quegli che possiede il fondo assoggettato a servitù impedisca all'acquirente di por mano all'opera per mancanza di pieno diritto esecutivo. Qui l'acquirente si presenta sotto due aspetti. Il primo, figurando che da lui non sia stato esercitato possesso alcuno; il secondo, figurando averlo egli collo stesso istrumento già acquistato. Nel primo caso sarebbe assurdo figurare che uno possa porgere querela di essere turbato in un possesso che non ebbe mai; e però in questo caso non potrebbe competere siffatta querela, ma bensì l'azione *petitoria* contro il cedente a lasciargli libero il fondo sul quale effettuare l'acquedotto.

§ 1791. Ma sotto il secondo aspetto che cosa dobbiamo dire? Qui si possono dare due casi. Il primo, che la contraddizione al possesso accordato derivi dal *cedente;* il secondo, che questa contraddizione derivi

da un terzo che pretenda aver ragione sul fondo medesimo. Quanto al primo, la questione si ridurrebbe ad un impedimento ad *incominciare* ad esercitare il possesso acquistato col costituto possessorio, e non mai ad una turbazione di fisico possesso *esercitato*. Nel secondo caso poi non si potrebbe dire lo stesso, perchè l'acquirente sottentrando in luogo del possessore anteriore, continua per rappresentazione in propria testa il possesso del suo autore; talchè venendo egli impedito (benchè in testa propria non abbia esercitato alcun atto fisico di possesso), ciò non ostante può querelarsi di turbazione, come appunto avrebbe fatto l'autor suo se fosse stato attraversato o impedito nel libero esercizio di questo possesso. Tutto ciò fu dimostrato, e risulta unendo due parti separate, che l'ordine della trattazione aveva disgiunte (1).

§ 1792. Qui, come ognuno vede, ricorre al pensiero l'UNIONE DEI TEMPI dei possessi, operata in forza della legge di RAPPRESENTAZIONE applicata al sistema delle stabili proprietà, che costituisce la continuità economica, propria soltanto di persone immortali, quali sono le società agricole e commerciali, nelle quali e per le quali si sviluppa ed effettua il vero incivilimento.

CAPO XV.

Osservazione sul possesso non titolato. Discrepanza delle legislazioni.

§ 1793. I casi sopra figurati risguardano propriamente una ragione di acquedotto acquistata con *titolo*, sia convenzionale, sia di successione generale o particolare legittima. Ma noi ci dobbiamo ricordare esistere un altro modo di acquisizione, qual è l'OCCUPAZIONE mantenuta con un continuo *possesso*. Quest'altro modo, egualmente ampio ed universale, può offrire, come offre diffatti, moltiplici quistioni, nelle quali si può disputare se intervengano o no *vie di fatto*, e se tutti gli atti di un possessore, o di chi contraddice, siano o no manutenibili o riprovevoli. Preso in contemplazione questo secondo modo di acquisizione, qui si affacciano due diversi sistemi di legislazione. — Il primo è quello, nel quale un possesso preso per un colpo di mano, ma apertamente, senza violenza, e con carattere di proprio dominio, abbia durato per un tempo

(1) Per conoscere l'unione delle dottrine conviene, dopo la lettura del Capo VIII. Libro I. Par. III., unire la lettura del Cap. XXX. dello stesso Libro.

minore di quello della prescrizione perentoria, come per esempio un anno, senza contraddizione di chi aveva interesse; e dalle leggi sia stato provvisoriamente mantenuto fino a che il vero padrone non abbia fatto constare del suo dominio. Il secondo sistema di legislazione poi è quello nel quale non si riconosca nè punto nè poco manutenibile un siffatto possesso, ma che non venga scoperto se non dopo una lunga prescrizione perentoria, ammessa in tutte le nostre moderne legislazioni. Il primo sistema è quello adottato dalla legislazione romana e francese; il secondo è quello dell'austriaca.

§ 1794. Ognuno vede che a norma di questi due sistemi debbono variare i dettami di Diritto concernenti tanto il modo di qualificare le *vie di fatto*, quanto il modo di ripararle, e di ostare alle nocive novità. Più ancora: se si soggiunga che, malgrado la negata manutenzione provvisoria di un possesso, ossia dell'uso di un diritto senza esplicito permesso, sia stata vietata la *privata* difesa; sorge ancora un'altra differenza, la quale toglie ogni caso a cui applicare la regola: *quae de facto fiunt, de facto tolluntur.* In vista di tutto ciò è chiaro che le soluzioni debbono variare necessariamente a norma di queste legislazioni. Dunque a fine di procedere con un certo ordine ci è stato necessario, parlando della tutela dell'acquedetto acquistato in via *di possesso*, esaminare partitamente tanto i casi di turbazione, quanto i rimedii secondo i due sistemi suddetti.

CAPO XVI.

Del possesso provvisoriamente manutenibile secondo il Diritto romano e francese, onde discernere quando possa aver luogo o no la via di fatto.

§ 1795. Qui dunque incominciando dal romano, furono presentati ed autenticati i caratteri legali del possesso provvisoriamente manutenibile. Dico *provvisoriamente*, per far intendere ch'esso viene rivocato con cognizione di causa. Questi caratteri furono esemplificati colle seguenti quattro domande; cioè:

I. Paolo ha egli posseduto per un anno, o per altro tempo voluto dalla legge pel possesso provvisorio?

II. Paolo ha posseduto palesemente, e colla scienza almeno presunta di Giovanni?

III. Ha posseduto per titolo almeno asserito di padronanza propria?

IV. Ha posseduto senza contrasto, opposizione o protesta di Giovanni?

§ 1796. Da queste interrogazioni (la cui risposta vedesi allorchè si tratta di *usucapione* o *prescrizione*) è facile intendere che i caratteri del possesso annale, o di altro tempo più breve dell'*usucapione* e della *prescrizione*, sono perfettamente identici con queste guarentigie. Diciamo di più: il possesso annale così qualificato e mantenuto dalle leggi fino alla decisione del petitorio, vale a dire finchè venga dimostrato un titolo contrario, fa sentire che questa specie di possesso propriamente non è che un tratto e quasi direi un primo tronco della stessa prescrizione; dimodochè se venga così praticato per tutto il tempo prefinito alle prescrizioni, assicura un possesso irrevocabile.

Posta quest'ovvia idea, confermata sempre dalla giurisprudenza e dalle decisioni, facemmo osservare che in tutte le materie, nelle quali non viene ammessa la lunga prescrizione, non viene ammesso nemmeno il provvisorio manutenibile possesso, e però che in esse conviene a dirittura far agire il titolo. Anche questa conseguenza fu corroborata con autorità positive.

§ 1797. Un'altra osservazione fu, che a tutte sorta di diritti riguardanti le acque, ossia alle rispettive servitù, anche fuori della condotta, viene giustamente applicata la teoria del provvisorio manutenibile possesso, del quale abbiamo parlato. È facile intendere che noi parliamo delle acque private, e non delle pubbliche; poichè queste, almeno nella loro parte non disponibile, non sono suscettibili di alcuna prescrizione. Qui il carattere di pubblico si deduce non dal carattere del proprietario, come sarebbe, per esempio, il così detto Fisco o Demanio dello Stato; ma bensì dalla destinazione e dall'uso effettivo ed attuale dell'acqua medesima. Questa precisione è importante per evitare molti equivoci, e metter freno a molti arbitrii.

§ 1798. Tutto il fin qui detto serve di fondamento per ben discernere a che si riduca il divieto delle *vie di fatto* tanto in una considerazione antecedente, quanto in una considerazione conseguente ad un possesso anche da breve tempo autorizzato. Lo stabilimento di questo breve possesso introduce un nuovo elemento ed un nuovo criterio, onde qualificare come *vie di fatto* certi atti praticati dentro un dato tempo. Per lui veggiamo, che prima che sia compiuto il tempo di questo breve possesso, o se manca di qualcheduno de' suoi requisiti, non viene commessa, secondo la legislazione romana e francese, veruna *via di fatto* dal padrone di un fondo o di un' acqua precedentemente occupata, ma che si può giovare della propria privata difesa per liberarsi da un *colpo di mano* usurpativo. Al contrario se il padrone lascia trascor-

rere questo tempo e continuare questo possesso coi quattro suoi requisiti, egli non può più valersi della sua privata autorità, ma è obbligato ricorrere ai Tribunali di giustizia.

Dalle quali cose è facile comprendere che la guarentigia dei possessi, e quindi il divieto di ostare alle turbazioni, allorchè si prescinde da un incominciamento portante titolo, si verifica propriamente nella legislazione romana e francese col possesso annale munito de' suoi requisiti.

CAPO XVII.

Delle vie di fatto *considerate nella effezione, conservazione ed uso dell'acquedotto, tanto nel possesso titolato, quanto nel possesso annale.*

§ 1799. Premessi questi fondamenti comuni alle due legislazioni suddette, siamo passati ad esaminare in serie i periodi della *effezione* e della *conservazione* dell'acquedotto per ciò che spetta ai diritti ed ai doveri di un possessore annale, non dimenticando per altro il rispettivo parallelo col possesso titolato. E qui si è posta la maggiore diligenza nel seguire in tutte le minute loro parti le disposizioni del Diritto romano. Il risultato delle nostre ricerche fu, che in punto di nudo possesso annale la romana legislazione era rigida e ristretta. Tranne le opere strettamente necessarie alla conservazione e all'uso dell'acquedotto come sta, il possessore annale non munito di titolo non godeva nè punto nè poco dell'ampiezza dei diritti e della piena libertà di un possessore che per via o di convenzione, o di successione, o per altro titolo, possedeva una ragione d'acqua, o teneva un acquedotto sul fondo altrui.

§ 1800. Nello stesso tempo però si è fatto sentire in che si possa peccare anche nelle servitù titolate, o anche nel concorso di parecchi nell'uso di un'acqua. Ciò che fissò particolarmente la nostra attenzione fu il notare il divieto delle *vie di fatto*, secondo il Diritto romano. E qui colla legge fu distinta la semplice *via di fatto* dalla *usurpazione* dell'acqua, la quale viene repressa criminalmente.

§ 1801. Fin qui si può dire di avere considerato il *titolo*, dirò così, delle azioni possessorie esercibili in giudizio in materia di acquedotto. Resta ancora a vedere come tali azioni si distinguano, come si esercitino, e come vengano secondate dalla giustizia. Tutto ciò viene appunto trattato successivamente secondo le tre legislazioni in tre distinte Sezioni. In queste si concentra propriamente tutta la teoria giudiziaria risguardante il divieto delle *vie di fatto*, ed i rimedii adottati dalle le-

gislazioni rispettive. Queste due parti appunto formano il principale argomento della ragione tutelare contenziosa in materia di acquedotto. Anche qui, se si vuole, occorre il triplice aspetto della *potenza*, dell'*esercizio* e della *tutela* della ragione giudiziale dell'acquedotto, quale fu proposto per tutto il Trattato.

CAPO XVIII.

Delle azioni possessorie della legislazione francese.

§ 1802. Vôlta la nostra attenzione all'esame delle azioni possessorie della legislazione francese, ci fu facile ravvisare tanto le parti nelle quali corrisponde col Diritto romano e coll'austriaco, quanto le parti nelle quali ne differisce. In essa si distingue l'azione *petitoria* dalla *possessoria*, come nelle altre due. La *possessoria* poi si divide in due altre specie subalterne: la prima di *manutenzione*; la seconda di *reintegrazione*.

§ 1803. Ma se esaminiamo gli oggetti ai quali queste azioni possessorie vengono applicate, troviamo:

I. Che nella legislazione francese le azioni possessorie non vengono applicate che ad oggetti *immobili* od *immobiliari*, mentre nel Diritto romano, col noto *utrubi*, si applicavano anche alle cose *mobili*; locchè si deduce anche dal Codice austriaco.

II. Che nella legislazione francese essendosi fatta distinzione fra le servitù *continue* e *discontinue*, e fra le *continue non apparenti*, e le *discontinue* sia *apparenti*, sia *non apparenti*, ed avendo rese capaci di prescrizione soltanto le *continue apparenti*, ne veniva la necessaria conseguenza, che queste sole erano pur suscettibili di annale possesso, e quindi in giudizio suscettibili eziandio delle suddette azioni possessorie. Per lo contrario tali distinzioni non esistendo nelle altre due legislazioni, intercede qui una differenza essenziale tra esse e la francese.

Un'altra differenza fra la legislazione francese e la romana fu provato consistere nell'aver tolto i vincoli troppo stretti apposti dal Diritto romano al possesso annale, e nell'avere pareggiato i diritti ed i doveri del possessore provvisorio a quelli del possessore titolato e manutenibile in perpetuo.

§ 1804. Inoltre fu spiegato in che consista la querela di turbato possesso, nella francese giurisprudenza denominata *complainte*. A fine di avvalorare in ogni parte e di chiarire viemaggiormente le teorie di questa giurisprudenza, furono recate due decisioni. La prima in punto di ma-

nutenzione provvisoria di un possesso per sè prescrittibile; la seconda in punto di manutenzione provvisoria di un possesso non prescrittibile, negata e rigettata dai Tribunali, compresa la Corte di Cassazione.

CAPO XIX.

Quando in tutte le legislazioni sia ammissibile la produzione del titolo per ottenere la manutenzione provvisoria o la restituzione di possesso. Della unione dei tempi dell'antecessore col successore.

§ 1805. Sopra fu osservato come, in materia di servitù non prescrittibile mediante soli atti possessorii, nella giurisprudenza francese non venga ammessa l'azione possessoria, conosciuta presso noi col nome di *sommario possesso*. Questa proposizione dev'essere intesa colla dovuta discrezione, stantechè renderebbe un possessore titolato a peggiore condizione di uno non titolato. Infatti quest'ultimo, trattandosi di servitù prescrittibile, ottiene il sommario possesso; mentre l'altro, benchè munito d'istrumento solenne, e possedendo legittimamente, non potrebbe godere di siffatto beneficio. Tale assurdo, che potrebbe accadere anche nelle altre legislazioni, trattandosi di un oggetto che presenta naturalmente la presunzione di *precarietà*, non isfuggì alla giurisprudenza; e però, per rimediare ad ogni inconveniente, fu ammesso che per togliere la presunzione di precarietà si potesse in questi casi appoggiare e convalidare l'azione possessoria colla produzione del titolo. Questa facoltà presso i vecchi prammatici veniva conosciuta col nome di *colorazione* del possessorio; e quindi dicevasi che *ad colorandum* si poteva produrre il titolo suddetto. Per altro con tale metafora non si spiegava nulla di chiaro e preciso, nè s'indicava il vero motivo autorizzante la produzione del titolo suddetto.

§ 1806. La conseguenza di questa osservazione è, che le *vie di fatto* riparabili colle azioni possessorie possono accadere in ogni specie di servitù, purchè siano state acquistate coi modi voluti dalla legge. E però, sia la servitù continua non apparente, sia la servitù discontinua tanto apparente quanto non apparente, si ha sempre il rimedio legale, e si gode del beneficio della provvisoria manutenzione in giudizio possessorio, senza incontrare l'inconveniente di rimanere intanto spogliato, finchè sia esaurito il petitorio.

§ 1807. Un'osservazione del pari importante era l'*unione del possesso* dell'autore con quello del successore anche nella legislazione francese. Questo punto fu dimostrato e convalidato con opportuna decisione.

Qui si presentò una quistione di diritto transitorio atteso il passaggio dall'anteriore alla presente legislazione, e fu fatto sentire il gran principio, che il titolo, l'azione ed il genere delle prove essendo resi salvi dalla nuova legislazione, come formanti parte integrale del diritto quesito, ne veniva di necessaria conseguenza che per tutti gli atti ed i possessi ch'ebbero luogo sotto l'antecedente legislazione si debbono far valere i dettami della medesima, nel caso che insorgesse lite sopra qualche atto accaduto sotto l'impero della legislazione suddetta. Questo principio regolatore delle quistioni di diritto transitorio fu ampiamente comprovato in altri luoghi prima in generale e poi in particolare, onde servire di guida nelle decisioni che possono cadere sopra simili atti.

CAPO XX.

Delle azioni possessorie secondo la legislazione austriaca.

§ 1808. Rilevate le particolarità della legislazione francese, si passò a rilevare anche quelle dell'austriaca, riguardo alle diverse azioni possessorie, particolarmente dove si tratta dell'uso di un diritto. Qui in primo luogo fu domandato se le azioni possessorie di manutenzione e di ripristinazione, separate dal petitorio, sieno state ammesse nella legislazione austriaca. L'affermativa fu dimostrata. In secondo luogo fu ricercato se in questa legislazione possa aver luogo la regola: *quae de facto fiunt, de facto tolluntur.* La risposta fu, per regola generale, negativa, tranne il caso in cui si otterrebbe troppo tardi il soccorso del giudice. Dopo ciò fu necessario spiegare la distinzione fra il possesso vizioso, il provvisorio ed il legittimo, considerati non tanto in sè stessi, quanto in rapporto alla legislazione romana e francese. Contemplati i caratteri di questi diversi possessi, si passò ad esaminare i varii mezzi coi quali nella legislazione austriaca venne dichiarata la facoltà di acquistare il possesso di un diritto, e fu trovato che in tutti si fa valere soltanto l'*esplicito consenso* della parte interessata.

§ 1809. Ma qui ognuno sente che sorgeva la difficoltà del come nella legislazione austriaca possa aver luogo un possessorio ed un petitorio, a fronte del principio, che si deve far valere lo stesso titolo consensuale. Questa difficoltà fu sciolta colla distinzione dei diritti definitivi e degli irrevocabili, dei quali fu parlato di sopra.

§ 1810. Un'altra difficoltà sorgeva sul come nella legislazione austriaca possa aver luogo l'unione dei tempi tra un antecessore ed un successore in punto di possesso, attesochè l'annale possesso romano e

francese non si verifica. Ma qui si distinse la continuazione del possesso praticato senza la limitazione del corso annale, e solamente come mezzo di trasmissione della causa del possesso medesimo. Con questa distinzione tutto fu conciliato.

§ 1811. Altro oggetto era la produzione del titolo nei giudizii possessorii sommarii; ed abbiamo dimostrato che colla produzione di questo titolo non si tratta che di far constare in linea di puro fatto della concessione o prestazione consensuale, senza ammettere ispezioni di alta indagine spettanti al petitorio. Qui però cadevano importantissime osservazioni sull'interpretazione e sulle prove di fatto delle concessioni e prestazioni volute dalla legislazione austriaca. Dopo le più accurate indagini, trovando non esistere che una sola specie di verità ed una sola specie di certezza, i canoni risguardanti le prove di fatto, competenti al giudizio petitorio, debbono aver luogo anche nel giudizio di sommario, ossia provvisoriamente manutenibile possesso. Con ciò fu dato fine alle ispezioni capitali sull'austriaca legislazione circa tali azioni possessorie.

CAPO XXI.

Delle azioni possessorie secondo la lègislazione romana.

§ 1812. Dopo avere così esaminate le azioni possessorie coi rispettivi rimedii della legislazione francese ed austriaca, siamo passati ad esaminare quelle del Diritto romano. In addietro ci eravamo limitati ad addurre le cause per le quali si può provocare il soccorso della pubblica autorità; locchè propriamente riguarda il titolo onde esercitare queste azioni possessorie. Le turbazioni di possesso non somministrano che il *motivo* d'intentare siffatte azioni. Il possesso annale costituiva, come qualunque altro possesso non ancora prescritto, l'*oggetto da difendersi;* le azioni possessorie per lo contrario costituiscono il MEZZO col quale questo temporaneo possesso viene difeso. Ciò sia detto per distinguere oggetti in sè stessi del tutto diversi.

§ 1813. A fine di procedere con un ordine compendioso, e in guisa che ad un solo colpo d'occhio si scorgessero i modi anteriori a Giustiniano, e quelli da lui ritenuti o modificati, fu prodotto il testo del giureconsulto Cajo, paragonato in ogni suo articolo con quello delle Instituzioni di Giustiniano medesimo. E qui fu trovato che i celebri rimedii *adipiscendae, retinendae et recuperandae possessionis*, continuati fino ai giorni nostri, furono sempre usati nella romana legislazione, e solamente fu variata la forma estrinseca di esercitarli avanti i tribunali.

§ 1814. Ed affinchè non si prendesse scambio fra questi interdetti possessorii e gl'interdetti in genere usati dai Romani, fu fatto osservare che gl'interdetti che si riferiscono all'acquisto, alla manutenzione e alla ricupera del possesso non formavano che una piccola parte di tutti gli altri interdetti, ossia dei divieti in materia amministrativa emanati dai Romani.

CAPO XXII.

Della sanzione delle prove. Suoi canoni.

§ 1815. Compiuta la trattazione del primo Libro di questa terza Parte, cioè della *tutela*, della *potenza* e dell'*esercizio* dell'acquedotto, il cui detto primo Libro versa appunto sul divieto delle *vie di fatto* e sulle rispettive riparazioni, siamo passati al secondo Libro, risguardante la sanzione delle prove. E qui per primo e principale oggetto ci si presentarono le presunzioni della legge, le quali formano il primo punto d'appoggio per determinare la critica giudiziaria. Fu fatta la distinzione delle presunzioni di fatto da quelle che formano il motivo di una legge stabile, e che malamente chiamansi *juris et de jure*.

§ 1816. Dopo ciò fu teoricamente e con rigore logico-legale dimostrata la tesi, che il diritto e il genere delle prove sono inseparabili dal titolo stesso del diritto fondamentale sulla cosa. E però in fatto del genere delle prove conviene attenersi a quelle che furono determinate dalla legislazione, sotto l'impero della quale nacque il titolo o la causa di cui si disputa. Per lo contrario fu dimostrato che le discipline puramente giudiziarie, gli attentati pendente lite, i regolamenti di pubblica amministrazione in attuale attività, si devono far valere in quelle stesse liti che derivano da un titolo anteriore alla legislazione attuale.

§ 1817. Preparata la mente con questi principii fondamentali, risguardanti la competenza giuridica delle prove giudiziarie, si passò ad esaminare i primi canoni, assoluti e comuni ad ogni specie di prova *tradizionale*. E qui caddero in considerazione le condizioni del *luogo* e del *tempo* dell'atto; le condizioni della *causa della scienza* di chi afferma o asserisce un fatto; finalmente le condizioni della *capacità di mente* e della *imparzialità di cuore* di chi depone un fatto in giudizio. Fu fatto sentire soltanto in via di principio generale il canone logico critico che presiede e consacra la necessità di verificare tutti questi requisiti in ogni prova tradizionale.

§ 1818. Benchè anche la prova che si ha per iscritto sia dello stesso genere, cioè tradizionale, ciò non ostante pel suo mezzo differisce

dall'antecedente. Essa diventa mista non solamente perchè comprende tanto un certificato di un testimonio, quanto uno scritto proprio di un dato autore, ma eziandio perchè entra sotto un aspetto nella classe della prova sperimentale. Nella stessa guisa che vedendo un corpo apparentemente abbrustolito si congettura essere stato tocco dal fuoco, così talvolta un documento scritto si può facilmente considerare come fatto da una data mano.

§ 1819. Sotto questo aspetto fu provato che il giudizio per confrontazione di caratteri, allorchè eccede il paragone materiale dei medesimi coi documenti di confronto, per sè solo riesce incompetente onde attribuire ad una data mano la data scritturazione; e però che tutti i periti calligrafi, i quali si fanno lecito di pronunciare assolutamente quel carattere essere di quella tal mano, eccedono le loro competenze, e pronunziano un giudizio temerario. Questa conchiusione fu provata tanto cogli esempii, quanto coi testi formali di tutte tre le legislazioni, romana, francese ed austriaca.

CAPO XXIII.

Delle eccezioni contro le persone testificanti.

§ 1820. La posizione dei canoni suddetti è per sè raccomandata dalla logica critica. Ma per ciò che riguarda i difetti di mente e di cuore era assolutamente necessario che nel conflitto dei litiganti o delle sette la legge li fissasse, onde servire di regola. Le moderne legislazioni, sbarazzate da tutto ciò che fu malamente posto dai greci Imperatori e dai secoli della barbarie del medio evo, ridussero le cause d'inabilità dei testimonii a far fede in giudizio alle quattro principali seguenti; cioè: 1.° Alla mancanza di capacità e di cognizione, sia per difetto dei sensi, sia per difetto d'intelligenza; 2.° alla mancanza del diritto civile di rendere testimonianza; 3.° ai riguardi dovuti alle affezioni morali, specialmente di famiglia; 4.° finalmente all'incompatibilità d'interessi circa l'oggetto sul quale viene esaminato il testimonio, in quanto il dire il vero può ripugnare o ad un suo interesse personale, o ad affezioni professate. — Queste quattro cause furono ad una ad una convalidate coi testi formali delle tre legislazioni, romana, francese ed austriaca.

§ 1821. Distinte le specie e fissati i principii del valore delle principali prove giudiziarie, ragion voleva che si dicesse qualche cosa del *calcolo* delle medesime, stabilito in forza delle tre legislazioni suddette. Oltre a ciò si poteva domandare se ogni genere di prove sia ammesso

dalle leggi nelle controversie circa la condotta delle acque. Quanto al primo punto, fu rammentato che nella legislazione romana e nella francese moderna intervenne ed interviene il sistema dell'intima convinzione naturale, per altro circoscritto dai mezzi raccolti secondo la legge, e dalla pubblicità dei giudizii. Questo sistema frappone un'essenziale differenza fra il calcolo delle prove nei giudizii ne' quali non ha luogo la pubblicità. Quanto alla seconda domanda, in cui si trattava di sapere se in materia di acquedotto sia ammissibile *ogni genere* di prova, fu dimostrato che in tutte tre le legislazioni per regola generale vale l'affermativa. L'unica differenza tra la francese e le altre è, che una cessione di valore eccedente i 150 franchi dev'essere provata per iscritto.

CAPO XXIV.

Delle cauzioni dei giudizii.

§ 1822. Passando ora al terzo Libro, che risguarda la cauzione dei giudizii, come fu avvertito, prima di tutto fu determinata e circoscritta l'idea della cauzione de' giudizii dei quali intendemmo parlare; e ciò per prevenire qualunque vago concetto, e non abbracciare oggetti estranei. Dopo ciò fu domandato a quali sommi capi si possano ridurre le cauzioni dei giudizii sì generali che particolari alle contese delle acque. Questi capi furono ridotti ai quattro seguenti; cioè:

1.° Reciproca comunicazione delle ragioni dell'attore e delle risposte o riconvenzioni del reo convenuto, unitamente a tutte le prove che servono d'appoggio. Sussidiariamente poi le restituzioni in intiero per ogni accidente o mancanza non imputabile.

2.° Divieto degli attentati pendente lite (cosa del tutto diversa dalle *vie di fatto* che vi diedero causa), rispettiva purgazione degli attentati medesimi, e ripristinazione delle cose nello stato antecedente, con risarcimento dei danni e delle spese.

3.° Inventarii, descrizioni, misure, avocazioni di possesso, sequestri, ed altre provvidenze conservatorie, sì per la sicurezza degli oggetti contestati, che per la tranquillità delle parti contendenti.

4.° Interdetto di giudicare o di dar voto nelle cause per parte dei giudici singolari, o dei membri di un tribunale, tutte le volte ch'esista presunzione legittima di parzialità per alcuna delle parti contendenti. Ma siccome rapporto a quest'ultimo punto vi poteva essere disparità fra le tre legislazioni, così s'ebbe cura di corredare ogni causa di ricusazione o di sospetto dei giudici colle rispettive leggi in proposito.

§ 1823. Dopo queste particolarità si passò a trattare della cauzione delle SENTENZE, e di qualunque altra decisione giudiziale. E qui richiamati i due cardini fondamentali, sui quali prima di tutto si deve appoggiare un giudice, vale a dire la presunzione della legittimità dei possessi, e della individuale libertà delle cose e delle persone, fu fatto punto particolare di un articolo non bene avvertito dalla comune. Questo è la distinzione fra la coscienza *morale* e la coscienza *politica* dei giudicanti. Colla prima si figurano le cose come possono o potrebbero essere anche in uno stato occulto, o almeno non provato; colla seconda per lo contrario non si ritengono o valutano fuorchè le cose quali possono constare, mediante prove estrinseche e concludenti. Tolta questa distinzione, cessa ogni sociale sicurezza. Con tale distinzione per lo contrario si tolgono di mezzo molte quistioni perplesse, impertinenti, e che non servono che a pascere inutili speculazioni. Questa distinzione serve soprattutto nella decisione delle cause così dette *dubbie*. È un controsenso legale e politico il figurare l'esistenza di tali cause allorchè consti, almeno per via di presunzione legale, dell'obbligo o del non obbligo di una delle parti.

§ 1824. Fu inoltre spiegato il vero senso del *favore* verso il reo; fu notata la natura e fissato il vero valore del *giuramento* tanto decisorio, che suppletorio; e fu avvertito che il primo non costituisce propriamente una prova, ma un mero spediente per dar fine in qualche maniera ad una lite incominciata. Da ciò si spiega l'apparente paradosso che s'incontra in alcune legislazioni, col quale, malgrado la scoperta di un falso giuramento, non si rescinde la sentenza civile pronunciata, ma solo si punisce lo spergiuro criminoso.

CAPO XXV.

Conchiusione.

§ 1825. E qui sia fine a questo Riassunto. In esso non abbiamo tenuto conto che dei risultati più importanti. Molte altre cose subalterne, e di minore ampiezza, sono state soppresse, onde non offuscare l'aspetto del tutto insieme di questo Trattato. Forse sarebbe stato suscettibile di un ordine più perfetto. Ma un primo tentativo, eseguito nell'angustia del tempo, non ci ha permesso di compiere i nostri desiderii. Osserveremo soltanto, che la materia della condotta delle acque è tale, che può importare l'esame di tutti i principii eminenti della civile giurisprudenza. La condizione di questa guadagnerebbe moltissimo, se i cultori di lei si

occupassero in Trattati particolari d'una o d'altra parte della medesima. Ciò servirebbe assaissimo onde formare un corpo di dottrina, del quale i primi fondamenti si vedrebbero nei Codici regolari, e lo sviluppo s'incontrerebbe in questi singolari Trattati. Gli scrittori, guidati dagli stessi principii raccolti nei Codici, offrirebbero nel loro complesso un'armonia ed una unità, la quale nell'atto che si spandesse in tutte le ramificazioni, estenderebbe la filosofia della giurisprudenza, e ne renderebbe breve, facile e proficuo lo studio intiero e pratico. Così i romani giureconsulti col testo dell'Editto Perpetuo sotto gli occhi poterono somministrare quella prodigiosa unità che sorprese anche il gran genio di Leibnizio. Oggidì colla scorta dei principii di Diritto naturale e politico possiamo ritentare con maggiore facilità, estensione e luce la medesima impresa, e creare una giurisprudenza proporzionata e adatta allo stato attuale della civiltà europea. Ma quest'opera non può essere che di molti, e fatta col corso del tempo; e soltanto mi resta a formare augurii per la di lei esecuzione.

In fine di tutte le edizioni di quest' Opera si legge un Avviso che ho già citato nella Prefazione, dal quale io argomento che la seconda Parte dell'Opera dovesse esibire le disposizioni delle leggi positive intorno alle acque. Quantunque io abbia rinnovata la partizione dell'Opera, come si disse nella Prefazione, tuttavia soggiungo qui l'Avviso suddetto, onde si vegga per quali motivi rimanesse desiderata la seconda Parte di essa. (DG)

AVVISO

Erasi divisato di dare i diversi Regolamenti proprii delle altre parti d'Italia, risguardanti la condotta delle acque; ma essendosi saputo che in alcuni di questi paesi si stanno lavorando riforme delle leggi civili ivi vigenti, fu riconosciuto che l'Opera nostra sarebbe rimasta imperfetta, e mancante di uso pratico. Egli è perciò che fu ommesso di riferire tali Regolamenti, aspettando di ciò fare allorchè l'attuale legislazione sarà resa definitiva.

CONDIZIONI DELL'ASSOCIAZIONE

La pubblicazione di queste Opere è fatta a puntate di intorno a 160 pagine ciascuna; sei puntate circa formano un Volume.

Un Volume contiene una o più Opere, secondo la loro mole.

Ogni Opera ha il suo frontispizio a parte.

Il prezzo è quello indicato nel Manifesto, cioè austr. centesimi 20 per ogni otto pagine.

Le associazioni si ricevono da tutti i distributori dei Manifesti già pubblicati.

Si avrà ogni premura onde poter compiere la edizione nel più breve corso possibile di tempo.

Pag. 160, a cent. 20 per ogni otto pagine, Austr. L.	4:00
Porto . . . . »	:
Austr. L.	:

